

JORGE TOSTA

OS PODERES DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO CIVIL

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO - 2006

JORGE TOSTA

OS PODERES DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Civil (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

SÃO PAULO - 2005

Banca Examinadora

“Todos os homens devem emitir juízos verdadeiros e certos. Mas é trágico se o juiz o não conseguir” (José Renato Nalini, Uma nova ética para o juiz, São Paulo: RT, 1994).

*A Deus, o Grande Arquiteto do
Universo, meu salvador e meu guia.
Ao Valmiro e à Nely, meus queridos
pais.
À Marcia, minha adorável e
companheira esposa, sempre.
Ao Jorge Luiz, meu pequeno príncipe,
generoso e sábio, desde cedo.
À Ana Beatriz, minha linda, arguta e
encantadora princezinha.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor e amigo José Manoel de Arruda Alvim Netto, que aceitou o encargo da orientação de meu projeto de pesquisa, com todas as limitações de tempo, fazendo-o pacientemente, compreendendo minhas dificuldades e limitações, definindo rumos, apontando equívocos, sugerindo alterações, desafiando-me estrategicamente para o aprimoramento científico, de forma a tornar possível a realização deste trabalho.

À professora Tereza Alvim, pelo apoio inigualável em qualquer circunstância.

À Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, grande incentivadora da pesquisa e produção científica de seus alunos da PUC/SP, o eterno agradecimento pela orientação, carinho e amizade.

Ao Professor Sérgio Rizzi, eterno mestre e amigo, pelo carinho, apoio e orientação pessoal e profissional.

Aos amigos Janice Helena Ferreri Morbidelli, Sidney Morbidelli, Cristiano Pereira Morais Garcia, Cláudio Frazolin, João Batista Lopes, José Eduardo Suppioni de Aguirre, que contribuíram imensamente, cada qual ao seu modo, para a realização deste trabalho.

RESUMO

O novo Código Civil inovou substancialmente em relação ao Código Civil de 1916 no que toca ao papel do juiz na interpretação e aplicação das normas jurídicas no âmbito do direito privado. Ao introduzir diversas normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados e de outras que conferem ao juiz o poder de agir segundo juízos de oportunidade, o novo Código Civil afasta a crença jusracionalista no império da lei. Esta acreditava que todas as situações poderiam ser reguladas e solucionadas abstratamente pelo próprio direito positivo, sendo o juiz apenas a “boca que pronuncia as palavras da lei”. Passa agora a nova codificação civil a delegar ao juiz a colmatação de termos de conceitos jurídicos vagos em consonância com a realidade sócio-cultural e a partir de elementos axiológicos ou regras de experiência subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Também delegou ao juiz o poder de decidir certos conflitos ou definir determinadas situações de forma discricionária. A partir de uma abordagem qualitativa, tendo como método a pesquisa bibliográfica e como instrumentos de coleta de dados a observação e participação direta da lei, da jurisprudência e da doutrina, inclusive no Direito Comparado, procuramos identificar e classificar tais as normas abertas no novo Código Civil e demonstrar que, em relação àquelas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados, o juiz não atua de forma discricionária, porquanto realiza processo subsuntivo adstrito a *standards*, valores e princípios gerais de direito que lhe permitem chegar à única solução correta. Quanto às normas de tipo aberto caracterizadas por conferirem ao juiz, expressamente, o poder de decidir de acordo com juízos de oportunidade e conveniência, embora não se realize processo subsuntivo, também está o juiz vinculado a *standards*, valores e princípios que indicam, dentre as soluções possíveis, a melhor. Após estabelecermos os critérios e/ou parâmetros, bem como os limites para a concreção judicial das normas de tipo aberto, apontamos a possibilidade de controle da juridicidade da interpretação-integrativa realizada pelo juiz, indicando os vícios possíveis de ocorrerem nesse processo.

ABSTRACT

The New Civil Code has brought great innovations in comparison to the last one in 1916. Taking this into consideration, the aim of this study is to present a reflection on the new role judges play from the New Civil Code in interpreting and applying juridical models in the private law scope as well as a proposal of controlling the juridical aspect of this integrating-interpretation.

As the New Civil Code has introduced various new “open-like” models characterized by vague or undetermined terms and others, which confer the judge the power to act according to his chance of opinion, the New Civil Code drives away the rationalistic justice belief in the law empire. In it, all situations were ruled and solved in a conceptualized way by the statutory law itself. In this perspective, the judge was only “the mouth that pronounces the words of law”.

At the current time, the New Civil Code delegates to the judge a filling gap task of terms in vague juridical concepts consonant with social cultural context as well as from axiological elements or experience rules provided by observation than it usually occurs. It also has delegated to the judge the ability to decide certain struggles or define specific situations in a discretionary way.

From a qualitative approach of investigation, this bibliographical study took data derived from observation and law direct participation, from jurisprudence and from doctrine, even in Comparative Law, we tried to identify and classify such “open like” models in the New Civil Code. Then, in order to prove that, in relation to these models characterized by vague or undetermined terms, the judge does not act in a discretionary way since he accomplishes a repeatedly astringent process than standards, values and general law principles that allow him to get to the only correct solution.

In relation to the “open-like” models characterized for conferring the judge, positively, the power to decide according to the chances of opinion and convenience, even though an astringent process does not take place, the judge is also still tied to standards, values and principles which indicate among the solutions, the best one.

After we have determined the criteria and/ or parameters, and also the limits for the juridical concretization of the “open-like” models, a possibility of controlling the juridical aspect of the integrating-interpretation accomplished by the judge was pointed out indicating the possible occurring defects in this process.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	3
2. As normas de tipo aberto no novo Código Civil: a judicialização do Direito Privado.....	6
3. As normas de tipo aberto e de tipo cerrado. Origem histórica.....	11
3.1. As normas de tipo cerrado.....	11
3.2. As normas de tipo aberto.....	14
4. As normas de tipo aberto em sentido lato.....	19
5. Diferenças entre tipos abertos e tipos cerrados.....	25
6. Espécies de normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil.....	29
6.1. As normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados.....	30
6.1.1. Tipos normativos abertos cujos termos são caracterizados por <i>vagueza comum</i>	41
6.1.2. Tipos normativos abertos cujos termos são caracterizados por <i>vagueza socialmente típica</i>	49
6.2. As cláusulas gerais.....	56
6.3. As normas de tipo aberto em sentido lato: a posituação da discricionariedade judicial no novo Código Civil.....	59
6.3.1. As normas de tipo aberto que conferem liberdade ao juiz para decidir por equidade. Ainda a discricionariedade.....	68
7. Integração ou interpretação das normas de tipo aberto?.....	78
8. Há discricionariedade judicial na interpretação-integrativa das normas abertas previstas no novo Código Civil?.....	87
9. A discricionariedade judicial e o “prudente arbítrio” do juiz.....	108
10. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto no novo Código Civil.....	113
10.1 Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por <i>vagueza comum</i> : as regras de experiência.....	115
10.2. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por <i>vagueza socialmente típica</i> : a axiologia, os <i>standards</i> e os princípios gerais de direito.....	124
10.3. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto <i>em sentido lato</i> : a discricionariedade judicial.....	137
10.3.1. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto <i>em sentido lato</i> : a equidade na acepção estrita.....	146
11. Aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por <i>vagueza socialmente típica</i> e por <i>juízos de oportunidade</i>	152
11.1. Aplicação do princípio da proporcionalidade na concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados.....	155
11.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade na concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato.....	166
12. Limites à concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil.....	168

12.1. O princípio da legalidade.....	168
12.2. O princípio da segurança jurídica.....	174
12.3. O princípio da razoabilidade.....	178
13. Controle sobre a juridicidade da concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil.....	184
13.1. A motivação racional.....	185
13.1.1. O dever de prova.....	188
13.1.2. Vícios do resultado e vícios do processo.....	190
13.1.3. Vícios da fundamentação e vícios da motivação.....	191
13.1.4. Vícios jurídico-ordinários e vícios jurídico-constitucionais.....	202
13.1.4.1. Vícios de infração contra o texto da norma que concede o poder discricionário.....	203
13.1.4.2. Vícios de infração contra o texto da norma (vício de subsunção). Não observância dos <i>standards</i> constantes da norma aberta.....	207
13.1.4.3. Vícios de infração contra a finalidade da norma que concede o poder discricionário ou que contém termos vagos ou indeterminados.....	209
13.1.4.4. Vícios jurídico-constitucionais.....	213
13.1.5. Vícios da subsunção e vícios da ponderação.....	215
13.1.5.1. Vícios de falta de ponderação.....	217
13.1.5.2. Vícios de <i>déficit</i> de ponderação.....	219
13.1.5.3. Vícios de desproporção de ponderação.....	222
14. As normas de tipo aberto no direito estrangeiro.....	225
14.1. As normas de tipo aberto no Código Civil Alemão.....	225
14.2. As normas de tipo aberto no Código Civil Francês.....	235
14.3. As normas de tipo aberto no Código Civil Italiano.....	241
Conclusões.....	253
Bibliografia consultada.....	261

1 – Introdução

Com o advento do novo Código Civil, rompeu-se com o dogmatismo jurídico do século passado que procurava encontrar soluções para todas as controvérsias civis através do próprio direito positivo, com nítida predominância de normas de tipo cerrado.

Diante do dinamismo inerente à ciência do Direito, optou o novo Código Civil pela técnica das normas de tipo aberto, conferindo ao Juiz, à luz do caso concreto e atento às transformações sociais, o poder de proceder à concreção judicial da norma de acordo com as exigências atuais do bem comum, novas tecnologias, características regionais, cultura local e equidade.

Com essa técnica legislativa evitam-se constantes modificações da legislação para adequá-la à realidade, na medida em que o próprio Juiz procede às adaptações necessárias, seja por meio da colmatação de termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, seja pela concreção judicial de normas que expressamente lhe permitem decidir segundo juízos de oportunidade.

A liberdade atribuída pela lei ao juiz para integrar, interpretar e aplicar certas normas abertas traz consigo, no entanto, a preocupação dos operadores do Direito sobre os limites e os critérios dessa atuação e em que medida o resultado alcançado pelo juiz poderá ser controlado. A preocupação com o casuísmo e com o subjetivismo das decisões judiciais, que marcou a fase pré-revolução francesa, volta à tona, agora sob nova roupagem.

Não se pretende mais que o juiz seja apenas a *boca* que pronuncia as palavras *da lei*. O papel criador do juiz, tantas vezes debatido pela doutrina após a Revolução Francesa, parece já não mais suscitar dúvida. O próprio ordenamento jurídico lhe atribui o poder para dar concreção a certas normas abertas caracterizadas por *espaços de decisão*.

A problemática que se busca aqui abordar situa-se, pois, nos limites e nos critérios de criação no momento em que dá concreção à norma de tipo aberto, isto é, quando colmata e interpreta os termos vagos ou indeterminados dela constantes ou exerce seu poder discricionário, nos casos em que expressamente autorizado por lei.

Veja-se que é a própria norma de tipo aberto que atribui ao juiz o poder de criação. O legislador, propositadamente, renunciou à tarefa de definir de forma exaustiva diversos termos de conceitos jurídicos ou predeterminar a solução legal a ser seguida pelo juiz, ante o dinamismo das relações jurídicas que impõe constantes modificações do texto normativo.

Evidentemente tal poder não é ilimitado e nem dissociado do sistema jurídico.

Diante de uma norma aberta, caracterizada por um termo vago ou indeterminado, não tem o juiz plena liberdade ou discricção para interpretá-la e aplicá-la. A definição do sentido e do alcance de um termo vago ou indeterminado não se faz com discricionarieidade e muito menos de forma arbitrária. Os critérios e os limites dessa interpretação integrativa devem ser buscados, em regra, no próprio sistema jurídico, a partir de *standards* ou

princípios que nortearão e permitirão chegar à *norma de decisão*, isto é, à *solução correta*.

No que toca às normas que atribuem ao juiz, de forma expressa, certa margem de discricionariedade – que não se confundem com aquelas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados - também está ele pautado por *standards* de comportamento ou *princípios gerais* que devem ser buscados no próprio sistema jurídico e que conduzem à *melhor* solução.

Enfim, o presente estudo objetiva demonstrar que o poder concedido ao juiz na concreção de diversas normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil, malgrado signifique importante avanço para a história do Direito privado no Brasil, está pautado por critérios e limites encontráveis no próprio sistema jurídico, cuja observância se impõe pela necessidade de preservar a *segurança* jurídica e permitir o *controle* da decisão judicial.

2. As normas de tipo aberto no novo Código Civil: a judicialização do Direito Privado.

É sensível a diferença entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002 no que toca ao papel do juiz. A tendência dogmática, que marcou o início do século passado, realçava o império da lei como um dos postulados do Estado de Direito e reservava ao juiz o papel de simples intérprete da vontade do legislador. Foi substituída no novo Código Civil pela abertura e flexibilização de diversas normas jurídicas que remetem diretamente ao juiz a solução do caso concreto, seja por meio da concreção judicial de “conceitos vagos ou indeterminados”, seja por intermédio da incidência de normas cuja aplicação se faz por juízos de oportunidade.

O legislador do Código Civil de 2002, ao invés de procurar soluções para todas as controvérsias civis por meio do próprio direito positivo, optou por conferir ao juiz o poder de resolvê-las segundo valorações vigentes à época ou através de regras de experiência. Optou, ainda, por delegar a ele poder discricionário para decidir certos conflitos segundo juízos de oportunidade.

Esse poder de criação deferido pela própria lei ao juiz, por meio de normas abertas, é fenômeno típico do final do século passado e início deste século. Representa, sem dúvida, como bem lembra Mauro Cappelletti¹, citando Morton G. White, “uma *revolta contra o formalismo* decorrente do positivismo jurídico vigente em França e em áreas de influência francesa e uma espécie de *insurgência contra o formalismo científico e*

¹ *Juízes legisladores?*, pp. 31-33.

conceitual propugnado na Alemanha e em áreas de influência alemã. Em ambas o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *escolha*.

Todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo e de que este, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”.

Assim, o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre, ou quase sempre, está presente.

Renato Nalini², em interessante análise sobre o papel do juiz no Código Civil de 2002, ressalta, no ponto: “Se o novo Código Civil, em lugar do individualismo inspirador da velha codificação de 1916, preferiu contemplar a realidade social, ele precisará de um intérprete atento a esse enfoque diferenciado. Se, em lugar de observância estrita de preceitos exclusivamente jurídicos, se deu prioridade a uma postura ética e se a rigidez formal foi substituída por cláusulas gerais, a missão do hermenauta foi ampliada e se tornou mais complexa. Fácil constatar que a lei antiga continha respostas prontas e acabadas para os conflitos próprios a uma sociedade concebida para a estabilidade. Agora, tem-se um conjunto de parâmetros genéricos, fruto de

² *O juiz do novo Código*, artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 13.1.2004, e na revista *Magistratura-Interação*, edição de fevereiro de 2004.

conceito mais moderno de comunidade. É truísmo afirmar-se que a vida social é complexa e instável e que a capacidade de previsão do legislador longe está de contemplar todas as possibilidades reais e situações concretas suscetíveis de regulação. O universo fenomênico é sempre mais surpreendente do que o mundo das leis. Daí a adequação de normas flexíveis, indicadoras de trilhas a serem percorridas pelo aplicador da lei, mais satisfatórias do que a velha formulação de extremo positivismo e insensibilidade dogmática”.

De fato, a nova codificação civil rompe com o dogma do império da lei construído a partir da Revolução Francesa sob os auspícios da escola da exegese. Cria a judicialização do direito privado, por meio da flexibilização das normas jurídicas ou da abertura dos textos normativos, em que o juiz é chamado a *criar* o direito em consonância com a realidade social vigente.

Esse fenômeno da judicialização do direito privado não traz, como pensam alguns, risco à idéia fundamental da separação dos poderes, ou à “politicização” dos juízes de que fala Mauro Cappelletti³. Ao exercer o poder que a lei lhe atribui de colmatar certos termos de conceitos vagos ou de dar concretude a determinadas normas abertas que lhe permitem agir discricionariamente, o juiz nada mais faz senão exercer a função que desde os primórdios lhe fora reservada: solucionar conflitos de interesses. Veja-se que, mesmo nos ordenamentos de *Common Law*, no quais a fonte básica do direito é a jurisprudência, não se verificou nenhum risco à independência dos poderes ou qualquer tendência à “politicização” dos juízes.

³ *Juízes legisladores?*, p. 33.

Até mesmo o papel do Legislativo passa a ser mais dignificante e menos utópico. É obvio que regular através da lei todas as relações de conflito intersubjetivo ou meta-individual é tarefa impossível diante das constantes transformações sócio-culturais. Legislar sobre as diretrizes fundamentais da economia, das relações civis e comerciais, da política, da saúde, da educação, etc. é o verdadeiro e legítimo papel do Poder Legislativo e não o casuísmo legislativo que, ao invés de dignificar a função legislativa, acaba por desprestigiá-la, em face da rápida e crescente desatualização dos minudentes textos normativos, além da própria modificação semântica de certos conceitos normativos, decorrentes de novos valores incorporados à sociedade.

A judicialização do direito privado no Brasil é, destarte, uma tendência altamente positiva, porquanto mantém o direito sempre vivo e atual, além de permitir a penetração da equidade na resolução dos conflitos intersubjetivos e meta-individuais.

O dogmatismo juspositivista tinha sua razão de ser no início do século passado, em virtude da desconfiança que a burguesia depositava nos juízes franceses do *Ancien Regime*. Entretanto não se justifica na atualidade, até mesmo pela forma como o Judiciário hoje se encontra estruturado, notadamente nos países de tradição romano-germânica. Representa um poder independente em relação aos demais e funcionalmente hierarquizado de molde a permitir o controle das decisões judiciais por intermédio dos recursos e outros meios de impugnação.

A uniformidade do sistema jurídico não é prejudicada pela judicialização do direito privado, mesmo porque o juiz não é inteiramente livre para solucionar os conflitos que se lhe apresentam. Embora

não seja a *boca que pronuncia as palavras da lei*, o juiz, ao colmatar um “conceito vago” ou dar concretude a uma norma que lhe permite agir segundo um juízo de oportunidade, está pautado por regras, valores, *standards* e/ou *princípios gerais de direito* cuja observância se impõe pela natural e imprescindível preservação do Estado de Direito⁴.

⁴ EROS GRAU anota, com razão, que “As alternativas diante das quais nos colocamos não permitem senão uma opção: a que privilegia o Estado de Direito, em oposição ao privilégio do Estado autoritário. Observe-se que a aceitação, pelos juristas alinhados no movimento da crítica jurídica francesa, das ‘relativas vantagens’ do Estado de Direito é devida, como observa ainda Antoine Jeammaud (1986/68), em grande parte aos contatos estabelecidos com juristas de países por muito tempo submetidos a sistemas autoritários; hoje, anota esse autor, ninguém duvida de que é necessário tomar partido, apesar de todos os seus limites e da dominação que autoriza ou legitima, a favor do Estado de Direito contra o Estado autoritário” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 169)

3. As normas de tipo aberto e de tipo cerrado. Origem histórica

3.1. As normas de tipo cerrado

Historicamente, pode-se dizer que foi na Revolução Francesa que se intensificou a idéia de que as normas de direito deveriam regular as relações jurídicas de forma plena e absoluta, sem margem à interpretação ou criação pelo juiz.

A segurança jurídica, até então posta em dúvida no período precedente à Revolução Francesa, em decorrência das decisões casuísticas dos magistrados que compunham o aparato de poder da aristocracia, passou a ser um valor quase que absoluto, fundado no princípio da igualdade⁵.

Teresa Arruda Alvim Wambier lembra que “Não foi pequena a desconfiança dos legisladores franceses em relação aos juízes. Em decorrência disto, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional – especialmente no que diz respeito à interpretação – a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser nada, além de ser a boca da lei. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão anexo ou auxiliar do *Corps Legislatif*”⁶.

⁵ A existência de decisões casuísticas depunha contra o princípio da igualdade. Se todos eram (ou deveriam ser) iguais perante a lei, não se justificavam decisões diferentes em face de situações iguais. A igualdade formal surgiu na Revolução Francesa com todo o vigor, cerceando por completo a liberdade de convicção dos magistrados. Impunha-lhes o simples papel de frios aplicadores da lei, sem qualquer margem a interpretações que desvirtuassem a vontade do legislador.

⁶ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 16.

As normas jurídicas passam, pois, a ser repletas de elementos definitórios, de molde a não deixar nenhuma margem de liberdade no processo interpretativo⁷. Surgem, a partir daí, as chamadas *normas de tipo cerrado*⁸, que permearam praticamente todo o Código Civil francês de 1804.

Paralelamente, sob os auspícios do Código Napoleão, nasce a denominada escola da exegese⁹, segundo a qual ao juiz incumbia o papel de tão-somente aplicar a lei valendo-se de silogismos rígidos. Assim, a lei não deveria ser interpretada conforme a razão e os critérios valorativos daquele que a aplica; ao contrário, deveria o juiz submeter-se completamente à razão expressa na própria lei.

Como bem ressalta Alberto Gosson Jorge Junior, “Num ambiente político social em que o Judiciário vivia atrelado aos interesses da realeza e da aristocracia dominante, nada mais natural que a nova ordem jurídica buscasse uma independência do arbítrio judicial. ‘Toda la edificación de una nueva justicia gira sobre la confianza absoluta en la ley y a la desconfianza hacia el juez’”¹⁰.

⁷ Rigorosamente, no período imediatamente seguinte à Revolução Francesa, a interpretação era até mesmo proibida. Com o passar do tempo, passou-se a admitir a interpretação literal e, somente em 1880 – já pelo prestígio da Alemanha, que sobrepujava o da França, por obras de Wach, Kohler e Biding – é que se veio a admitir a interpretação sociológica, cristalizando-se uma tendência que mudou o cenário.

⁸ Nascidas da crença jusracionalista na lei a que aludia Franz Wieacker, em sua magnífica obra *História do direito privado moderno*, tradução do original alemão por A. M. Botelho Hespanha, 2^a. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

⁹ A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão. Consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código (Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, p. 83).

¹⁰ *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 74.

A idolatria quase cega pelo conceito de Estado de Direito, a qual reinou entre 1800 e 1900, foi na verdade uma violenta reação contra a fase histórica que os teóricos franceses denominaram de *Ancien Régime*. A desconfiança que havia quanto à magistratura da época fez com que se passasse a preferir a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz¹¹.

Certamente tal rigidez tinha por escopo a preservação dos interesses da burguesia. A legalidade, enquanto garantidora das liberdades do indivíduo – liberdades formais – prospera não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não-proprietários¹².

O *Direito moderno*, surgido da Revolução Francesa, tem como sustentáculo principal a idéia de um Estado de Direito pautado pela necessidade de *segurança*. A *segurança* de que se cuida – segurança das relações jurídicas – é concebida como *valor-condição* e não como *valor-escopo*. Trata-se, no entanto, de condição necessária à fluência dos processos de economia de mercado, indispensável à sua adequada organização. *Valor-condição*, assim, que se expressa não como *segurança jurídica*, mas como *segurança patrimonial e contratual*: proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade (art. 8º. da Constituição francesa de 1793)¹³.

¹¹ Conforme esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier, *Ob. cit.*, p. 19.

¹² Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 101.

¹³ *Idem*, p. 186.

A própria idéia de um sistema jurídico fechado idealizado por vários positivistas, sob diferentes óticas¹⁴, não tem outra razão senão a de trazer *segurança*, traduzida na idéia de *previsibilidade*.

3.2. As normas de tipo aberto

Com a industrialização e a ampliação das relações comerciais¹⁵, as codificações da Europa, notadamente nos países de tradição romano-germânica, passaram a sofrer uma verdadeira “inflação normativa”, o que, no entanto, não evitou a desatualização dos textos legais em face das alterações semânticas decorrentes de novos valores incorporados pela sociedade.

Nesse ambiente de transformações e restabelecimento da confiança no órgão julgador é que surgem as normas de *tipo aberto*, permeadas por *termos vagos* ou *indeterminados* e representadas, no mais das vezes, pelo que se denomina modernamente de *cláusula geral*.

Por essa técnica legislativa, confere-se ao juiz, à luz do caso concreto e atento às transformações sociais, a possibilidade de proceder à efetiva integração/interpretação da norma de acordo com as regras de experiência, as exigências atuais do bem comum, os valores éticos e morais

¹⁴ Savigny: *teoria da plenitude lógica do direito*; Santi Romano: *teoria da plenitude logicamente necessária*; Zitelmann: *teoria da plenitude hermética*; Kelsen: *teoria pura do direito*.

¹⁵ “Note-se que a complexidade da realidade, que propicia maior velocidade da atuação de suas forças produtivas, reclama a flexibilização das normas jurídicas (e dos textos normativos), de molde a assegurar (e estimular) aquela atuação. É fundamental, de toda sorte, não confundir *segurança* com *imobilidade*; ela deve ser concebida como resultante da *ordenação do movimento*” (Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 188).

incorporados à sociedade, as novas tecnologias, as características regionais e a cultura local.

A existência de normas flexíveis em quase todas as legislações civis codificadas da Europa e da América Latina denota que o legislador, ao invés de procurar soluções para todas as lides de natureza civil, preferiu atribuir ao juiz a responsabilidade de colmatar certos conceitos vagos ou dar concretude a determinadas normas de tipo aberto de acordo com elementos extraídos da vivência e da cultura própria de uma época.

Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta, com propriedade, que “A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso desses conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais”¹⁶.

É interessante observar que a quantidade de normas de tipo aberto permeadas por *termos vagos* existentes num ordenamento jurídico é diretamente proporcional à confiança que a sociedade deposita nos seus juízes¹⁷. Por isso, a adequada formação destes é de extrema importância

¹⁶ Idem ibidem., p. 145.

¹⁷ Isso fica claro a partir da Revolução Francesa. Em razão da desconfiança que a burguesia depositava nos juízes, todo o ordenamento jurídico e a própria doutrina, construídos a partir da Revolução, procuraram retirar o poder de criação que pudesse caber ao juiz. As normas jurídicas, que no período imediatamente posterior à Revolução Francesa eram fechadas e plenas de elementos definitórios, foram paulatinamente se flexibilizando, em especial nos países de tradição romano-germânica. Os doutrinadores, que tinham até receio de insinuar qualquer espécie de poder criador do juiz, passaram a produzir verdadeiras obras científicas, destituídas de coloração política, nas quais começaram a tecer as primeiras linhas sobre a criatividade judicial no processo interpretativo.

para o bom funcionamento do sistema jurídico, o que pressupõe decisões afinadas com as concepções éticas e morais vigentes.

O processo mecânico de subsunção do fato a uma norma plena de elementos definitórios não oferece grandes dificuldades. Qualquer leguleio é capaz de realizá-lo.

O problema maior, e muitas vezes quase insolúvel, está na colmatação de um *termo vago* que exige do julgador a utilização de *regras de experiência* ou, o que é mais difícil, a análise de *elementos valorativos* encontráveis por vezes até mesmo fora do sistema jurídico (metajurídicos). Isso exige dos juízes uma formação humanista, sociológica, política e às vezes também científica para que possam encontrar o real sentido e alcance da norma.

Karl Engisch, ao analisar o problema da integração das normas abertas, já advertia que o juiz deveria se deixar orientar pelas “concepções morais dominantes” sempre que tivesse de colmatar um termo vago carente de um preenchimento valorativo¹⁸.

Não é tarefa fácil identificar as “concepções morais dominantes” na sociedade. Nos dias atuais, por força da influência que diversos grupos, organizações, instituições e até religiões exercem sobre a sociedade de um modo geral, parece-nos um tanto quanto difícil determinar o que seja *concepção moral dominante*.

¹⁸ *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 236-237.

Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁹ anota, com razão, que hoje “Vivemos em sociedades ‘inclusivas’, na feliz expressão de Canotilho. Com isso quer-se dizer que há, nas sociedades contemporâneas, marcada tendência a que sejam incorporadas aos seguimentos institucionais camadas sociais que em outros tempos viveriam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização. Esta pode ser considerada uma das características mais marcantes da nossa época. Esta mobilidade social vem ocorrendo concomitantemente com a intensificação do fenômeno da positividade. Esta concomitância vem gerando a dificuldade de se operativizar (= fazer funcionar) um *sistema* de normas escritas e, portanto, de razoável estabilidade em sociedades que, em contrapartida, têm estado em permanente mudança. Hoje as sociedades cada vez mais incorporam estes indivíduos e, naturalmente, cada vez mais fica difícil falar-se em interesses *da sociedade*, já que muito comumente há interesses de grupos integrantes da mesma sociedade que são freqüentemente conflitantes e reciprocamente excludentes”.

Não bastasse, a própria carga ideológica do julgador²⁰ afeta a descoberta do sentido e alcance da norma e prejudica a uniformidade do sistema jurídico. As concepções pessoais, muitas vezes, tomam o lugar das concepções éticas e morais vigentes. Resultam daí divergências de entendimento, que se manifestam em todos os graus de jurisdição, gerando a instabilidade do sistema jurídico e, reflexamente, o descrédito do Judiciário.

De qualquer forma, entre um sistema fechado com risco de se tornar obsoleto com o passar do tempo, dada a inevitável

¹⁹ *Controle das decisões judiciais*, p. 24-25.

²⁰ Assim como o *direito posto* é sempre expressão de uma ideologia, toda interpretação ou análise do *direito posto* envolve, em quem a pratica, expansões ideológicas (suas). Assim, os pensamentos não são completamente livres, na medida em que nem as ciências, nem a prudência são *neutras* (Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 158).

variabilidade semântica de certos conceitos, mormente numa sociedade em constante evolução, e um sistema aberto com o risco da instabilidade e imprevisibilidade das decisões judiciais, em face das divergências existentes no processo de integração/interpretação dos *termos vagos*, é preferível o segundo²¹.

A própria história da jurisprudência dos tribunais mostra que os sistemas fechados não evitaram a *criatividade* do juiz, muitas vezes até *contra legem*. Em outras, representaram avanços e inovações que acabaram sendo incorporados aos textos normativos. Basta lembrar, entre tantos, o reconhecimento do direito da companheira a alimentos (que, na época, a *criatividade* dos juízes denominou de *indenização por serviços domésticos*); do direito à meação de bens (que passou da necessidade de efetiva colaboração na constituição do patrimônio à exigência de simples convivência *more uxorio*); e dos efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo (que até hoje carece de regulamentação legal).

²¹ Luiz Rodrigues Wambier ressalta, com propriedade, que “O perigo de que a circunstância de haver um conceito vago na lei gere uma decisão arbitrária, fruto exclusivamente da subjetividade do Juiz, evidentemente existe. Considera-se, todavia, que é um risco com o qual o sistema tem que conviver, risco esse contrabalançado com as exigências constitucionais e processuais no sentido de que as decisões judiciais tenham que ser motivadas (motivação racional), o que possibilita indubitavelmente que os jurisdicionados tenham controle sobre a racionalidade das decisões dos magistrados e a correlata possibilidade de sua impugnação através de recurso ou ação autônoma, conforme o caso. A utilização pelo legislador de conceitos vagos pode ser vista, sob certo aspecto, como algo de bastante positivo, na medida em que proporciona ao Juiz possibilidade de incluir sob o alcance da norma situações que talvez não tivessem sido lembradas pelo legislador, se se tivesse optado pela técnica da enumeração taxativa” (*Liquidação de sentença*, p. 276).

4. As normas de tipo aberto em sentido lato

Existem, ainda, tipos legais abertos que não são necessariamente caracterizados por termos vagos ou indeterminados, mas por uma margem de liberdade atribuída intencionalmente ao juiz para que ele solucione *in concreto* certos litígios, a partir da análise fática e das circunstâncias que se lhe apresentam. Em tais casos, o legislador renunciou totalmente à tarefa de definir a solução ou as regras para a ela se chegar, delegando ao juiz o poder de determinar os efeitos jurídicos correspondentes.

São exemplos dessa espécie de norma de tipo aberto, que denominaremos de *tipo aberto em sentido lato*, os arts. 21, 25, §3º., 29, 31, 49, 252, §§3º. e 4º., do Código Civil/2002, além de outros que analisaremos mais adiante.

Todos esses tipos normativos abertos têm como característica comum o fato de atribuírem ao juiz a criação *in concreto* da *norma de decisão* sem recurso a qualquer processo subsuntivo. Em outras palavras, não há subsunção do fato à norma, porque esta é destituída de parâmetros ou definições.

A subsunção pressupõe a análise da adequação do fato (situação concreta) a uma determinada norma (situação abstrata), que deverá conter definições ou descrições (modelo legal), ainda que mínimas, as quais sirvam de parâmetro para o juiz.

Maria Helena Diniz assevera que “a norma contém, em si, uma generalidade, procede por abstração, fixando tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos, e não a pessoas determinadas, nem a relações individualmente consideradas, ou seja, a casos concretos. De modo que essa abstração das normas, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo uma oposição entre normas jurídicas e fatos. Contudo, esta oposição não é um hiato insanável, nem é tão radical como parece, porque os fatos individuais apresentam o geral determinado no conceito abstrato, ou seja, uma ‘nota de tipicidade’ que permite que sejam enquadrados nos conceitos normativos. A aplicação do direito assim concebida denomina-se *subsunção*”.

Nas normas de *tipo aberto em sentido lato* não se opera o enquadramento fático em um conceito normativo, porque este simplesmente inexistente. Há, pois, uma margem de liberdade que permite ao juiz decidir por critérios de conveniência e oportunidade.

Ao decidir de acordo com essa margem de liberdade que a própria lei lhe dá, o juiz, aqui sim, exerce *poder discricionário*, já que atua segundo um *juízo de oportunidade* e não de legalidade.

Anote-se, no entanto, que tal discricionariedade só pode resultar de texto expresso da lei. É o que se dá, *v.g.*, na escolha das *providências necessárias* (art. 21 do Código Civil de 2002); na escolha do curador para administrar os bens do ausente (art. 25, §3º); na determinação de conversão dos bens móveis, sujeitos à deterioração ou extravio, em bens imóveis (art. 29); na decisão sobre a conveniência e oportunidade da alienação dos

imóveis do ausente (art. 31); na escolha do administrador provisório (art. 49); na escolha entre as obrigações alternativas, havendo pluralidade de optantes e dissenso entre eles, ou quando a opção recair em terceiro que não queira ou não possa exercê-la (art. 252, §§3º e 4º).

Eros Grau, em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto*, aduz, no ponto, que a discricionariedade “expressa-se na formulação de *juízos de oportunidade*, importando eleição entre *indiferentes jurídicos*, à margem, pois, da *legalidade*. Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de *atos discricionários* – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade – quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de *juízos de oportunidade*. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado, à *legalidade*. Inclusive quando lhe incumba o dever-poder de *interpretar/aplicar* texto ou textos normativos que veiculem ‘conceitos jurídicos indeterminados’”²².

Dentro ainda do que chamamos de *normas de tipo aberto em sentido lato*, as quais, como vimos, concedem ao juiz liberdade de escolha entre as soluções possíveis, encontram-se as normas que permitem ao seu aplicador agir por *equidade*. Nestas, o juiz também não realiza processo subsuntivo. A *norma de decisão* é por ele eleita sem recurso a qualquer parâmetro legal imediato, embora pautado, como se verificará mais adiante, pelo sistema jurídico como um todo, dotado de *standards* e *princípios jurídicos* que também devem ser observados pelo juiz quando exerce o poder discricionário, de molde a impedir que atue de forma arbitrária.

²² Op. cit., p. 206.

Desde Aristóteles a *eqüidade* tem sido definida pelos doutrinadores não apenas como forma de correção do rigor da lei (*epanothoma nomimou dukaíou*²³), mas também, e principalmente, como mecanismo de criação da norma individual, em que o juiz age conforme o faria o próprio legislador, ou seja, como algo superior a um tipo de justiça, à justiça legal (*dikaion nomimón*). “Neste sentido, aplicar a eqüidade (*epieikeia*) significa agir de modo a complementar o caso que se apresenta *hic et nunc* de modo que, assim o fazendo, está-se a agir como o faria o próprio legislador se presente estivesse. O sujeito, aqui, sub-roga-se na própria posição de legislador que opera com a generalidade dos casos, fazendo-se um legislador para o caso individual marginal a qualquer ditame legal; é na ausência da lei que a eqüidade guarda a sua utilidade maior, sobretudo complementando, particularizando e respondendo pelo que ficou imprevisível”²⁴.

Podemos, destarte, enquadrar as normas que permitem ao juiz agir por eqüidade no que denominamos de *tipo aberto em sentido lato*, pois, também aqui, a lei confere ao juiz um poder discricionário (e não arbitrário) para buscar, entre as soluções possíveis, a que *melhor* se afeiçoa ao sistema jurídico e representa os verdadeiros ideais de justiça distributiva. Como poder discricionário que é, o agir por eqüidade também deve estar expressamente autorizado pela lei, sendo vedado ao juiz fazê-lo sem prévia e expressa previsão legal.

É comum em doutrina afirmar-se, embora sem uma explicação convincente, que o juiz só pode agir por eqüidade quando

²³ Aristóteles já dizia que “a eqüidade é um recurso utilizável como critério e mensuração e adaptação da norma ao caso, para que da observância de uma estrita legalidade não se venha a ser mais arbitrário do que onde as leis não estão presentes” (*A justiça em Aristóteles*, trad. por Eduardo C. B. Bittar, Forense Universitária, 1999, p. 130).

²⁴ *Idem*, p. 129.

autorizado por lei. A razão dessa assertiva, com a qual concordamos, reside exatamente na excepcionalidade dessa função atípica atribuída ao juiz. A regra (interpretar/aplicar a lei no caso concreto – *juris dictio*), por ser própria e inerente à função jurisdicional, não necessita estar autorizada de forma expressa na lei. A exceção (decidir com liberdade, exercendo juízo de oportunidade) é que deve resultar de expressa previsão legal.

Veja-se que no *agir por eqüidade*, como observaremos mais adiante, o juiz também não realiza processo subsuntivo. A liberdade que possui para impor a *norma de decisão* e que caracteriza a eqüidade constitui, sem dúvida, exercício de *poder discricionário* e, como tal, deve estar expressamente autorizado pela lei.

Lembremos aqui novamente a lição de Eros Grau: “Ainda que não seja o juiz, meramente, a ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, sua função – *dever-poder* – está contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*). Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*. A *discricionariedade* – *não será demasiada a repetição* – é exercitada em campo onde se formulam *juízos de oportunidade*, *exclusivamente*, porém, quando uma *norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública sua formulação*”²⁵.

São exemplos de normas abertas em sentido lato caracterizadas pela *eqüidade*, previstas no Código Civil de 2002, o art. 413, que autoriza o juiz a reduzir *eqüitativamente* a cláusula penal, se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio; o art. 928, parágrafo único, que prevê a possibilidade de o juiz fixar a indenização pelos prejuízos causados pelo incapaz, de forma

²⁵ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 209 (grifos nossos).

equitativa, quando as pessoas por ele responsáveis não tiverem a obrigação de indenizar ou não dispuserem de meios suficientes para fazê-lo, além de outras hipóteses que versaremos mais adiante.

5. Diferenças entre tipos abertos e tipos cerrados

Karl Larenz²⁶ foi quem trouxe para a teoria geral a contraposição entre tipos abertos e fechados (ou cerrados). Os tipos abertos são aqueles cujas fronteiras se mostram imprecisas, dada a variabilidade das suas características. Representam um quadro ou descrição fundamental, mas não excluem a possibilidade de se encontrar fora deles elementos relevantes para a realidade que se tipifica. São fechados, por outro lado, os tipos nos quais a lei fixa todas as suas características necessárias, através de definições precisas e claras. Neles se contêm todos os elementos juridicamente relevantes do fato ou da situação que é objeto daquela tipologia²⁷.

A coexistência de tipos normativos abertos e fechados num mesmo texto não é algo novo. As codificações analíticas, inspiradas no Código Napoleão e influenciadas pelos ideais do positivismo jurídico, não foram capazes de definir de forma clara e precisa todos os elementos de seus tipos normativos²⁸, para que não sobrasse margem à interpretação/integração pelo juiz. A própria dificuldade em definir certos conceitos, cuja variação semântica se opera em velocidade às vezes muito maior que o processo legislativo, impôs ao legislador a criação de tipos abertos, caracterizados por uma espécie de *vagueza* variável de acordo com o momento histórico-cultural.

²⁶ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 2ª. ed. Trad. da 5ª. Alemã. Lisboa: Fundação Calouste Guebekian, 1983.

²⁷ Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, pp. 62 e 304.

²⁸ Exemplo disso é a norma prevista no art. 5º. da LICC, reproduzida em praticamente todos os códigos influenciados pela escola da exegese, em que se denota a existência de termos vagos destinados a orientar o juiz na interpretação da lei de acordo com os *fins sociais* e as exigências do *bem comum*.

Por isso é que, como observa Ferrara²⁹, “algumas vezes é a lei mesma que apela para os conhecimentos do juiz, quando nas suas disposições não determina com precisão o estado de facto, mas remete para factores sociais, *v.g.*, para os bons costumes, para os usos locais, para a boa-fé do comércio: aqui deve valer como direito o que o juiz, pelo seu conhecimento das relações da vida, considerar normal e típico naquela série de fenômenos”.

A opção pela imprecisão dos conceitos legais representa, como se vê, uma renúncia expressa do legislador ao hercúleo e utópico desejo de regular todas as relações jurídicas de forma minudente e exaustiva, além de resgatar a credibilidade do juiz, tão esquecida no período imediatamente seguinte à Revolução Francesa.

Podemos ainda diferenciar os tipos normativos abertos dos tipos cerrados conforme o papel atribuído ao juiz no processo interpretativo. As normas abertas, caracterizadas por termos vagos, possuem uma zona de penumbra cujo desvendamento requer a análise de dados empíricos em cotejo com as diretrizes e valores traçados pelo sistema jurídico e, por vezes até fora dele, exigindo do juiz o uso da *interpretação integrativa*. As normas cerradas, entretanto, são dotadas de definições de tal sorte exaurientes que ao juiz só resta interpretá-las a partir de seus próprios elementos³⁰.

²⁹ *Interpretação e aplicação das leis*, p. 187.

³⁰ Embora não se negue aqui a existência, ainda que mitigada, de um *poder criador* do juiz. Mauro Cappelletti, após reconhecer que “na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”, aduz que o verdadeiro problema “não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e a criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários” (*Juízes legisladores?*, pp. 20-21).

Diferem, pois, as normas de tipo aberto das de tipo cerrado pelo *grau de determinação* dos termos dos conceitos que as contém, estabelecendo, inclusive, o papel do juiz na sua interpretação e/ou integração. Assim, quanto mais elementos definitórios a norma contiver³¹, mais cerrada será a tipicidade, isto é, a adequação do fato ao modelo legal e, conseqüentemente, menor será o esforço interpretativo do juiz; quanto mais termos vagos ela possuir, mais aberta será a tipicidade e, por conseguinte, maior o esforço interpretativo.

É certo que toda norma requer interpretação para desvendar o seu sentido e alcance. “Interpretar não é apenas *compreender*. A interpretação consiste em mostrar algo; ela vai ‘do abstrato ao concreto, da fórmula à respectiva aplicação, à sua ‘ilustração’ ou à sua inserção na vida’ (Ortigue 1987/220; na interpretação de fatos, ao contrário, vai do concreto ao abstrato, da experiência à linguagem). A interpretação, pois, consubstancia uma operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica”³².

Logo, o *grau de determinação* dos termos dos conceitos jurídicos das normas, que as distingue em tipos abertos e tipos cerrados, irá determinar, inclusive, os critérios e os limites de atuação do juiz: se pautado tão-somente pelas regras de hermenêutica ou pelos quadrantes do sistema jurídico os quais orientam como integrar/interpretar um *termo vago*.

³¹ Não se pode olvidar, todavia, a assertiva de Karl Engisch de que “os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito” (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 208).

³² Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 207.

Diferem, por fim, os tipos abertos e os tipos cerrados pela *margem de liberdade* que o sistema jurídico atribui ao juiz na aplicação da norma. Referimo-nos aqui às *normas de tipo aberto em sentido lato* em confronto com as normas cerradas. Enquanto nestas, praticamente nenhuma margem de liberdade é atribuída ao juiz pelo ordenamento jurídico no que toca à interpretação-subsunção (juízo de legalidade estrita), naquelas o juiz tem liberdade ao aplicá-las, valendo-se de *juízos de conveniência e oportunidade*.

Nas *normas de tipo aberto em sentido lato* o juiz tem liberdade, embora pautado pelo ordenamento jurídico que lhe oferece *standards e princípios gerais*, para que possa escolher, entre as soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade da norma. Isso, porém, não ocorre nas normas de tipo fechado. Nestas, a *margem de liberdade* do juiz é extremamente mitigada ou quase nula, porquanto adstrito ao processo interpretativo-subsuntivo, segundo o qual deverá adaptar o fato concreto à norma jurídica, utilizando-se das regras de hermenêutica. Por isso é que se afirma que a *tipicidade*, aqui entendida como a adequação do fato ao modelo legal, se faz com muito mais rigor e, conseqüentemente, os resultados se tornam muito mais previsíveis.

6. Espécies de normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil

Do quanto tratamos anteriormente e do que passaremos a desenvolver neste capítulo, é possível classificarmos as normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil da seguinte forma:

1) *normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados*, as quais se subdividem em:

a) *normas de tipo aberto com vagueza comum*; e

b) *normas de tipo aberto com vagueza socialmente típica*.

2) *normas de tipo aberto em sentido lato*, enquadrando-se nessa categoria:

a) *as que conferem liberdade ao juiz para decidir segundo um juízo de oportunidade*;

b) *as que conferem liberdade ao juiz para decidir por equidade*.

Passemos a analisá-las.

6.1. As normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados.

Vimos que as normas de tipo aberto caracterizadas por termos *vagos* ou *indeterminados*, presentes em praticamente todo o Código Civil de 2002, constituem um rompimento com o sistema positivo anterior, nitidamente influenciado pelos ideais do positivismo jurídico e da escola da exegese.

O novo Código Civil faz, pois, clara opção por um sistema aberto em que o juiz é chamado a preencher termos vagos ou indeterminados constantes em diversas normas civis, a partir de critérios fornecidos no mais das vezes pelo próprio sistema jurídico³³.

São tidos como indeterminados, assevera Eros Grau, “os ‘conceitos’ cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos -, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como ‘conceitos’ carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais (Forsthoff 1973/17-18). Quando se trate de conceito aberto por ambigüidade, o seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em

³³ Embora não se ignore o pensamento de Judith Martins-Costa, para quem as *cláusulas gerais* serviriam como uma espécie de *elemento de conexão* entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e os valores situados fora dele e que podem nele ser introduzidos por meio da atividade jurisdicional (*A boa-fé no direito privado*, p. 343).

que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, sempre, é da participação no jogo de linguagem no qual inserido o termo (este sim, indeterminado – como sempre sustentei -, seja por ambigüidade, seja por imprecisão) do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento”³⁴.

De fato, os parâmetros para a colmatação³⁵ de uma norma de tipo aberto, caracterizada por *termos vagos* ou *indeterminados*, devem ser buscados no próprio sistema jurídico vigente. Este contém princípios e valores resultantes, sem dúvida, das “concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais”. Tanto quanto possível, devem conduzir a um único resultado, a fim de que o valor *segurança*³⁶, que norteia todo o ordenamento jurídico, não constitua mera retórica ao sabor da convicção do juiz³⁷.

³⁴ Op. cit., p. 201.

³⁵ O verbo *colmatar* é empregado por nós em todo o trabalho com o mesmo sentido encontrável no léxico, ou seja, preencher vazios, lacunas ou brechas. Sua utilização, embora muito mais comum no sentido jurídico de *preencher lacunas normativas*, não deixa de ser adequada também no sentido de preenchimento de um conceito vago. Aliás, não é incomum encontrarmos em doutrina quem sustente que nos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” há verdadeira *lacuna valorativa* ou *axiológica* (v. Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, pp. 83-96).

³⁶ Como assevera Tércio Sampaio Ferraz, “*O direito positivado pressupõe uma tendência em estreitar, em nome dos valores da certeza e da segurança, o campo de atuação do intérprete*” (*Introdução ao estudo do direito*, pp. 302-303 – grifos nossos).

³⁷ A assertiva pode apresentar algo de conservador, já que remete à idéia de preservação do *status quo* ou de *imobilismo do direito*. Obviamente, existem casos em que pode ser aceitável mais de uma decisão. São os chamados *casos difíceis*, nos quais a opinião pública, a sociedade - de onde extraímos as concepções éticas e morais -, encontra-se dividida. Nestes casos, qualquer decisão, desde que fundada em alguma das concepções divergentes, pode ser considerada *correta* ou *verdadeira*. Seja uma ou outra a decisão, o que se pretende aqui demonstrar é que as concepções éticas e morais (divergentes ou não) servirão de *norte* à decisão judicial, não o *subjetivismo* do juiz.

É o que Karl Engisch denominou de *valorações objetivas*. Embora longo, merece transcrição o seguinte excerto extraído da obra *Introdução ao pensamento jurídico* do referido autor alemão:

“Os ‘conceitos normativos’ podem antes significar que o órgão aplicador do direito deve procurar e determinar as valorações preexistentes num sector social ‘dirigente’, ‘relevante’. Nesta medida, falaremos de *valorações objectivas*. Saber se o dedo indicador é um ‘membro importante do corpo’, se os combatentes de boxe e as lesões corporais que neles se aceitam são compatíveis com os ‘bons costumes’, se um curador ‘violou gravemente as suas obrigações de curadoria’; se uma representação gráfica (George Grosz: Cristo na máscara de gás) é ‘blasfêmia’ (§ 166 do Código Penal, fórmula anterior), ou menos ‘injuriosa’ para a Igreja cristã (§ 166 do Código Penal, nova fórmula), se um casamento ‘fracassou’, *tudo isto são questões que a lei não quer ver respondidas através de uma valoração eminentemente pessoal do juiz. A lei aqui é antes de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar. ‘Decisivas são as circunstâncias do caso concreto tendo em conta as concepções dos correspondentes sectores populacionais’ (SCHÖNKE-SCHRÖDER). Os ‘correspondentes sectores da população’ podem sem dúvida ser sempre aqueles sectores da população cujo juízo é aceito como válido por cada ordem estadual e jurídica. Se o próprio juiz se situa dentro destes sectores, ele também pode, evidentemente, consultar o seu sentimento ético. Mas, ainda neste caso, haverá de ter o cuidado de averiguar se porventura se não encontra bastante isolado na sua concepção. Se o juiz se sabe inteiramente fora daquele sector populacional que, por força do direito, representa o padrão ou critério (se ele é, por exemplo, inteiramente indiferente do ponto de vista religioso ou se os prazeres da multidão apaixonada pelo desporto são para ele horrores plebeus), não é este seu ponto de vista*

eminentemente pessoal que interessa, mas, antes, aquilo que ‘as pessoas’ pensam e sentem nos sectores em questão’. Mais adiante, assevera o preclaro jurista: “Mas, quer o preenchimento dos conceitos objectivo-normativos ‘carecidos de um preenchimento valorativo’, a que há pouco nos referimos, se possa apoiar numa tradição moral inteiramente firme, quer se tenha de orientar pelos juízos de valor mutáveis de ‘sectores populacionais em mudança’ – a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações -, a ‘valoração’ que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de conhecimento. *O órgão aplicador do Direito tem de ‘averiguar’ quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante do material do conhecimento, e não último critério de conhecimento. Nesta conformidade, também as decisões singulares e os conjuntos de decisões através das quais estes conceitos objectivo-normativos carecidos de preenchimento valorativo são ‘concretizados’ têm o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a ‘subsunção’*”³⁸.

Percebe-se, pois, que, na determinação do termo *vago* ou *indeterminado* de um conceito normativo, o juiz está adstrito a *standards* e *princípios* encontráveis no próprio sistema jurídico, ou mesmo fora dele, mas sempre tendo em conta as concepções éticas ou morais vigentes³⁹.

³⁸ *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 236-240 – grifos nossos.

³⁹ Embora, como já salientamos no Capítulo 3.2, nos dias atuais, por força da influência que diversos grupos, organizações, instituições e até religiões exercem sobre a sociedade de um

Partindo de tal premissa, é possível afirmar que na concreção judicial de uma norma jurídica, caracterizada por termos vagos ou indeterminados, o juiz também realiza processo subsuntivo, uma vez que, após integrar e interpretar os termos vagos de acordo com as concepções éticas ou morais vigentes, subsume os fatos na norma jurídica, aplicando-a.

Nesse sentido, ensina Karl Engisch⁴⁰ que “Nos conceitos descritivos indeterminados, sem dúvida que nos não afastamos ainda da base de interpretação e daqueloutra operação com ela estreitamente conexas, a subsunção”.

Também sustentando a existência de processo subsuntivo na aplicação de uma norma portadora de termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, assevera Barbosa Moreira⁴¹: “A questão assumirá importância caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica; isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não

modo geral, torna-se um tanto quanto difícil determinar o que seja *concepção ética e moral vigente*.

⁴⁰ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 235.

⁴¹ *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, pp. 609-610.

ao modelo abstrato -, o cuidado de ‘preencher os claros’, de colorir os ‘espaços em branco’”.

Na mesma ordem de idéias, declara Teresa Arruda Alvim Wambier⁴² que “... a interpretação de um conceito vago também acaba por encartar-se num esquema subsuntivo, embora não clássico, depois de se superar a questão propriamente interpretativa, e ainda que no plano da ‘Rechtfertigung’ (= justificativa da decisão)”.

Tratando-se de subsunção, que praticamente se opera no mesmo momento em que o juiz desvenda, revela, enfim, *integra* e *interpreta* os *termos vagos* constantes da norma jurídica, resta saber como chegar ao resultado almejado pelo ordenamento jurídico, isto é, à *norma de decisão*⁴³.

Primeiramente, faz-se mister classificarmos os *termos vagos* constantes das normas jurídicas segundo sua *natureza* e, a partir daí, tentarmos encontrar alguns critérios iniciais para a concreção judicial deles.

⁴² *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 151.

⁴³ Lembra Eros Grau que “da interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de *poder*, ainda que o intérprete compreenda o sentido originário do texto e o mantenha (*deva manter*) como referência de sua interpretação (Gadamer 1991/381). Daí porque Kelsen (1979/469 e ss.) qualifica os intérpretes possíveis, chamando de *intérprete autêntico* aquele dotado desse *poder*”. E prossegue: “o intérprete dotado de poder suficiente para *criar* normas, a partir delas construindo, em cada caso, a *norma de decisão*, é o *intérprete autêntico* – isto é, fundamentalmente, o juiz; não obstante, também os que não preenchem os requisitos do *intérprete autêntico* (os que não são juízes) interpretamos/aplicamos o direito, até o momento anterior à *norma de decisão*” (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 207-208).

Em estudo sobre os *termos vagos* dos conceitos jurídicos, que adotaremos em todo o decorrer deste trabalho, Claudio Luzzati⁴⁴ ensina que a *vagueza* de algumas normas jurídicas é às vezes preenchida por *máximas de experiência*⁴⁵, sem recurso a valorações. A indeterminação semântica nesses casos não exige investigação no plano sociológico, senão a pura e simples constatação daquilo que ordinariamente acontece ou do que se tem como certo pelo senso comum. É o que Luzzati denominou de *vagueza comum*.

São exemplos de *termos jurídicos vagos* caracterizados pela *vagueza comum*, encontráveis no novo Código Civil, *despesas ordinárias; acesso difícil ou perigoso; iminente risco de vida; obrigação excessivamente onerosa; dano considerável; extensa área; considerável número de pessoas; diminuto valor; imóvel que mais natural e facilmente se prestar à passagem etc.*

De outro lado, ainda fundado nos ensinamentos de Luzzati, existem *termos jurídicos vagos* constituídos por *vagueza socialmente típica*, os quais requerem o recurso a parâmetros variáveis da moral e dos bons costumes encontrados no ambiente social. Para sua colmatação, o intérprete há de recorrer à axiologia.

É evidente que, em se tratando de *termos jurídicos vagos* sujeitos a valorações, estas podem variar de acordo com o momento

⁴⁴ *La vaghezza delle norme: un' analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

⁴⁵ *Regras de experiência* são noções sobre uma série de acontecimentos semelhantes. Através de um raciocínio indutivo, é possível se chegar à convicção de que, se as coisas apresentam-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. Tais regras podem estar relacionadas com a sabedoria popular, arte, técnica, exercício das profissões, atividades comerciais e econômicas, etc. (Luiz Orione Neto, *Tratado das liminares*, p. 64).

histórico, político, cultural ou social vivido⁴⁶. O que hoje, *v.g.*, se entende como *finalidade econômica e social* certamente não teria o mesmo sentido no início do século passado. Também não tem o mesmo sentido que se emprega numa sociedade capitalista em relação a uma sociedade socialista⁴⁷.

Os exemplos mais evidentes dessa *vagueza socialmente típica* são encontrados nas expressões *função social do contrato*, *finalidades econômicas e sociais*, *interesse social e econômico relevante*, *investimento de interesse social e econômico*, *interesse público* etc. Em todas essas expressões, para que se possa dar a elas a concretude necessária à sua aplicabilidade, o intérprete há de empregar valorações que estão no próprio sistema jurídico⁴⁸.

⁴⁶ Como ensina Miguel Reale, “Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas que se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela. Entre valor e realidade não há, por conseguinte, um abismo; e isto porque entre ambos existe um nexo de polaridade e de implicação, de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um ‘dado’ ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como que inexistente; um ‘valor’ que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico. Pelas mesmas razões, o valor não se reduz ao real, nem pode coincidir inteiramente, definitivamente, com ele: um valor que se realizasse integralmente, converter-se-ia em ‘dado’, perderia a sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota” (*Filosofia do direito*, p. 207).

⁴⁷ Se é que existe na atualidade sociedade verdadeiramente *socialista*.

⁴⁸ Embora nada impeça que certos valores sejam alcançados e descobertos *fora* do sistema jurídico. É o que ensina Judith Martins-Costa: “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para *elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*” (*A boa-fé no direito privado*, p. 303).

Constitui-se digna de nota, embora com ela não concordemos, a classificação de Tércio Sampaio Ferraz⁴⁹. O autor distingue os *conceitos indeterminados* dos *conceitos valorativos*.

Ele considera *indeterminados* os *conceitos* que manifestam *vaguidade*, ou seja, aqueles em que não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão *denotativa*. Assim, por exemplo, as expressões *repouso noturno*, *ruído excessivo*, *perigo iminente* etc. De outro lado, *conceitos valorativos* (ou normativos) são os que manifestam *ambigüidade*, não sendo possível, de antemão, determinar-lhes a intenção *conotativa*. Por exemplo, *mulher honesta*, *ofensa à dignidade e decoro* etc.

O autor cita, ainda, as normas que, na sua ótica, reportam, explicitamente, à necessidade de concreção pelo aplicador, abrindo-lhe uma margem de *discricionariedade*, como ocorre na aplicação das penas no Direito Penal e na aplicação das *cláusulas gerais*. Quanto a estas, assevera o renomado jurista: “O princípio da discricionariedade, cujo conceito estamos usando em sentido amplo, mais extenso do que a noção de *ato discricionário* no Direito Administrativo, balisa o ato decididor quando este tem de aplicar cláusulas gerais do tipo ‘no cumprimento das obrigações ou no exercício dos direitos correspondentes, deve-se proceder de boa-fé’”⁵⁰.

Discordamos dessa classificação, primeiro porque a *indeterminação* do termo de um conceito jurídico pode também se traduzir em *vaguidade axiológica*, cuja concreção se faz a partir da análise de valores inseridos num determinado sistema jurídico (ou até mesmo fora dele), não sendo possível, igualmente aqui, precisar-lhe a *intenção conotativa*. Segundo porque

⁴⁹ *Introdução ao estudo do direito*, p. 312-313.

⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

os *conceitos valorativos* não se manifestam apenas por expressões *ambíguas*, mas também *imprecisas, indefinidas* ou *incertas*.

Por fim, discordamos do preclaro jurista quando afirma que na aplicação das *cláusulas gerais* o juiz atua com *discricionariedade*. Ao colmatar uma *cláusula geral*, o juiz, em verdade, realiza processo integrativo/interpretativo para, logo em seguida, subsumir o fato à norma⁵¹. Assim procedendo, o juiz está diante de um *juízo de legalidade* e não de *oportunidade*.

Por isso é que Karl Engisch⁵² assevera, ao nosso ver com razão, que “as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas”.

Há, ainda, aqueles que, como Engisch⁵³, classificam os “conceitos indeterminados” em *conceitos normativos* e *conceitos descritivos*.

Por *conceitos descritivos* deve-se entender aqueles que designam *descritivamente* objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçionáveis. São eles: “homem”,

⁵¹ Como ensina Fábio Ulhoa Coelho, “Subsunção também não se confunde com interpretação. A primeira diz respeito aos fatos – se são ou não descritos na norma jurídica. Já a interpretação tem por objeto o sentido e alcance da norma. São operações mentais distintas, embora se entrecruzem: ao interpretar, por qualquer método, a lei, o exegeta tem já fatos recortados em sua mente; por outro lado, não é possível subsumirem-se fatos a qualquer norma sem ter já alguma intelecção do sentido e alcance dela. Embora não se desligue uma operação da outra, são conceitualmente distintas a interpretação (da norma) e a subsunção (de fatos à norma)” (*Curso de direito civil*, p. 124).

⁵² *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 233.

⁵³ *Idem*, pp. 210-214.

“morte”, “cópula”, “escuridão”, “vermelho”, “velocidade”, “intenção”. De outro lado, são *conceitos normativos* aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam a dados que não são apenas perceptíveis pelos sentidos ou percepcionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. Eles são freqüentemente indeterminados num grau elevado e necessitam, por isso, de uma *valoração* para que possam ser aplicados no caso concreto.

Menezes Cordeiro⁵⁴, não obstante concorde com a distinção feita por Engisch, ressalva que “o conceito descritivo é tão incapaz, como qualquer outro conceito indeterminado, de prescindir da mediação constituinte do intérprete-aplicador. Vai-se mesmo mais longe: a consciência hermenêutica da relevância do pré-entendimento demonstra que o aplicador, quando valora um conceito fático, fá-lo tendo em mira uma decisão pré-encontrada, jogando, em simultâneo, com a valoração de conceitos normativos e com todas as apreciações que as facetas do caso concitem. A distinção possível entre conceitos indeterminados descritivos e normativos – pois é certa, por intuição, a presença de uma clivagem efectiva entre esses dois tipos de realidades – atende à natureza da linguagem utilizada: comum no primeiro caso e técnico-jurídica, no segundo”.

Para os fins pretendidos neste trabalho, será adotada a classificação de Claudio Luzzati, o qual divide as normas jurídicas abertas de acordo com a espécie de vagueza encontrada em seus termos. Assim, dispomos de normas permeadas por termos vagos ou indeterminados caracterizados por *vagueza comum* ou por *vagueza socialmente típica*. Vejamos cada uma delas.

⁵⁴ *Da boa-fé no direito civil*, p. 1179.

6.1.1. Tipos normativos abertos cujos termos são caracterizados por *vagueza comum*

Luzzati ressalta que os *termos vagos* dos conceitos jurídicos caracterizados por *vagueza comum* são aqueles preenchíveis mediante *regras de experiência*, sem recurso a valorações. Nesses casos, o intérprete parte de noções sobre uma série de acontecimentos semelhantes, de modo que, através de um raciocínio indutivo, é possível chegar-se à convicção de que se as coisas costumam apresentar-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. Essas regras, muitas vezes, podem estar relacionadas com a sabedoria popular, com a arte, com a técnica, com o exercício das profissões, com as atividades comerciais e econômicas etc⁵⁵.

Moacyr Amaral Santos⁵⁶ ensina que *regras de experiência* são “juízos gerais de fatos, isto é, juízos formados pela observação daquilo que comumente acontece, como diz CHIOVENDA; juízos empíricos da vida, do comércio, da indústria, da arte, que servem como proposição maior na apreciação dos fatos, seja para comprová-los, seja para caracterizar sua submissão à norma jurídica, como ensina GOLDSCHMIDT”.

Em outro volume de sua obra, esclarece que as regras de experiência “São regras assentes pela verificação do que ocorre de ordinário em muitíssimos casos e que, por isso mesmo, por fazerem parte da cultura do juiz e bem assim das pessoas de cultura equivalente, se prestam não

⁵⁵ Orione Neto, op. cit., p. 64.

⁵⁶ *Prova judiciária no cível e comercial*, 2ª. ed., vol. I, p. 337.

só para a interpretação de numerosos fatos como também para a avaliação da respectiva prova. Ou, ainda, como ensina PISTOLESE, são normas resultantes da observação daquilo que ordinariamente acontece em muitíssimos casos e que, assim, por terem um valor reconhecido por todos, são suscetíveis de aplicação nos casos da mesma espécie”⁵⁷.

Barbosa Moreira⁵⁸, por sua vez, conceitua as *regras de experiência* como “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”.

Avulta aqui, indubitavelmente, a própria vivência do juiz e a sua experiência adquirida ao longo do exercício da judicatura, a partir da análise reiterada de casos⁵⁹. A arte de julgar é um dom que se refina dia-a-dia e melhor qualifica o processo interpretativo-subsuntivo, em especial no que respeita à concreção judicial das normas caracterizadas por *termos vagos*.

É intuitivo, no entanto, que, na aplicação das *regras de experiência*, a vivência pessoal e profissional do juiz pode ser suprida através do recurso à *pesquisa* de casos ou situações ocorridas de forma reiterada, temperada com uma dose de *bom senso*⁶⁰.

⁵⁷ *Idem*, 2ª. ed., vol. V, p. 433.

⁵⁸ *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, p. 607.

⁵⁹ Moacyr Amaral Santos assevera que “... na prudência e na cultura do juiz, nos seus conhecimentos das coisas e dos homens, há acumulada uma infinidade de regras de experiência” (*Idem*, 2ª. ed., vol. I, p. 368).

⁶⁰ Isto é, a faculdade de discernir entre o verdadeiro e o falso; a aplicação correta da razão para julgar ou raciocinar em cada caso particular da vida; a capacidade de julgar e de resolver problemas conforme o senso comum (cf. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa).

Seja como for, a colmatação de um *termo vago* feita a partir de *regras de experiência* não oferece maior dificuldade. Basta, como vimos, recorrer o intérprete à análise das situações reiteradas para se chegar à regra geral de conduta. Por outras palavras, deverá o juiz partir de inferências extraídas do ordinário, do comum, do corriqueiro, do costumeiro, enfim de tudo quanto se possa extrair das várias contingências particulares.

Também não há grande dificuldade em identificarmos as normas portadoras de *termos vagos* constituídos por *vagueza comum*⁶¹.

Sem que se pretenda estabelecer uma regra geral de identificação de tais normas em todo o ordenamento jurídico, e atento aos fins propostos neste trabalho, analisaremos as normas constantes no novo Código Civil, a partir dos traços comuns que elas apresentam.

Verificando-se as expressões *despesas ordinárias; acesso difícil ou perigoso; iminente risco de vida; obrigação excessivamente onerosa; dano considerável; diminuição considerável de valor; prestação manifestamente desproporcional; extensa área; considerável número de pessoas; diminuto valor; imóvel que mais natural e facilmente se prestar à passagem etc.*, denotamos em todas elas a presença de uma certa *bipolaridade de natureza objetiva*, que nos permite distinguir entre o grande e o pequeno; o muito e o pouco; o fácil e o difícil; o comum e o incomum; o urgente e o não-urgente; o perigoso e o não-perigoso etc.

⁶¹ Alberto Gosson Jorge Junior parece não concordar. São suas palavras: “Mas em que pese a aceitação desta dicotomia entre locuções que demandam a ‘adaptação da experiência comum’ e aquelas que pedem ‘valorações’, verifica-se a dificuldade de se diferenciar estas duas características pertencentes à natureza de ‘indeterminação da norma jurídica’” (*As cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 7).

Por outras palavras, nos termos vagos caracterizados por *vagueza comum* percebe-se que há sempre uma noção bipolar que varia de forma quantitativa ou qualitativa e cujo conhecimento se alcança através dos sentidos e da intuição⁶².

Saber, *v.g.*, se uma obrigação é *excessivamente onerosa*, conforme dispõe o art. 156/CC⁶³, envolve análise puramente objetiva, de natureza *quantitativa*. Ainda que as condições económicas da vítima devam ser consideradas pelo juiz na análise do que seja “excessivamente oneroso”, não se apresenta aqui conceito valorativo.

Assim não pensa, todavia, Alberto Gosson Jorge Junior⁶⁴. São suas palavras: “Mas em que pese a aceitação desta dicotomia entre locuções que demandam a ‘adaptação da experiência comum’ e aquelas que pedem ‘valorações’, verifica-se a dificuldade de se diferenciar estas duas características pertencentes à natureza de ‘indeterminação da norma jurídica’”.

⁶² A intuição, como bem observado por Teresa Arruda Alvim Wambier, “é um conhecimento que se dá, sob o aspecto temporal, numa espécie de *estalo*, como que automaticamente” (*Controle das decisões judiciais*, p. 76). Tem razão, pois, Recásens Siches quando afirma que o processo de reconhecimento do fato como jurídico é inspirado pela *intuição* do juiz sobre o que é justo no caso concreto. São suas palavras: “Y, es más, de ordinario la mente del juez primero anticipa el fallo que considera pertinente e justo – claro es que dentro del orden jurídico positivo vigente -, luego busca la norma que pueda servir de base para esa solución, y da a los hechos la calificación adecuada para llegar a dicha conclusión. Suele ocurrir que el juez, a la vista de la prueba y de los alegatos, se forma una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo respecto de éste; después busca los principios, es decir, las normas jurídicas que puedan justificar esa su opinión, y articula los resultados de hecho de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que va a dictar” (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, pp. 241-242).

⁶³ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

⁶⁴ *As cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 8.

Mais adiante, traz exemplo hipotético sobre o artigo que ora analisamos: “...alguém faz um empréstimo para pagar o resgate de um seqüestro assumindo juros extorsivos. O *caput* da norma do art. 156 menciona ‘para salvar-se’ ou a ‘pessoa da família’, o que faz pressupor, como requisito para enquadramento na segunda espécie, que haja uma obrigação familiar de assistência decorrente dos laços de parentesco. Ressalva a norma do parágrafo único que, em se tratando de ‘pessoa não pertencente à família’, o juiz deverá avaliar as circunstâncias, isto é, deverá verificar as provas quanto ao grau de amizade, as circunstâncias em que se operou o relacionamento entre quem tomou o empréstimo e a vítima etc. Conclui-se que o magistrado deverá sopesar até mesmo circunstâncias inusitadas, como na hipótese de duas pessoas que se conheçam num passeio turístico a bordo de um barco e, em ali havendo a violência e a chantagem, o contexto em que se encontravam viesse justificar uma atitude de solidariedade humana ainda que não houvesse relacionamento mais próximo entre a vítima e quem assumiu o resgate. Perguntamos: haveria nesse caso hipotético uma aplicação de *máximas de experiência* (vagueza comum) por parte do juiz para solução do caso ou o contexto teria ensejado propriamente uma valoração (vagueza socialmente típica) das *circunstâncias*? Poderemos entender que, para a determinação do conteúdo da expressão *obrigação excessivamente onerosa*, haverá necessidade de se *valorar* a classe social e a capacidade patrimonial da vítima em cada caso concreto ou poderemos pensar que, em essência, a análise que o juiz deverá fazer para concluir por uma prestação que seja ‘excessivamente onerosa’ em nada dista da que fará para avaliar as ‘circunstâncias’ da relação com ‘pessoa não pertencente à família’?”⁶⁵.

Parece-nos, no entanto, que aquilo que o preclaro autor chama de *valorar* quando se refere à classe social e à capacidade

⁶⁵ Idem, pp. 7-8.

patrimonial da vítima é, na verdade, mera *apreciação quantitativa* baseada nos fatos e nas *circunstâncias objetivas* do problema (saber se a obrigação é ou não excessiva), o que se situa, ainda, dentro das *regras de experiência*. *Valorar* (= aquilatar, ponderar, apreciar) a classe social e a capacidade econômica da vítima em cada caso concreto não se confunde com análise de *valores* incorporados na sociedade. Os *valores*, como ensina Miguel Reale⁶⁶, não admitem possibilidade alguma de quantificação. A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico.

Tomemos como exemplo, agora, a expressão *desproporção manifesta*, constante no art. 317 do Código Civil.

Assim dispõe o referido dispositivo: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier *desproporção manifesta* entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Trata-se de hipótese de revisão judicial do contrato, que encontra correspondência legislativa no art. 6º., V, do Código de Defesa do Consumidor. Também o art. 478 do Código Civil acolhe hipótese semelhante, mas com conseqüências diversas.

No que toca ao termo *desproporção manifesta* referido no art. 317 do Código Civil, novamente estamos diante de *vagueza comum* de natureza *quantitativa*. Para saber se há proporcionalidade entre o valor da prestação devida no momento da celebração do contrato e o valor

⁶⁶ *Filosofia do direito*, p. 187.

devido no momento da sua execução, o juiz deverá valer-se de critérios aritméticos, não se olvidando, porém, das condições da economia (inflação, desvalorização normal da moeda, condições do mercado). Assim, haverá *desproporção manifesta* quando, *v.g.*, uma prestação que, no momento da celebração do contrato, era de R\$ 1.000,00 e, por ocasião de sua execução seis meses depois, passa a ser de R\$ 3.000,00, sem que tal aumento se origine, por exemplo, de correção monetária resultante do fenômeno inflacionário.

Veja-se que o citado dispositivo legal exige, ainda, que tal desproporção decorra de *motivos imprevisíveis*, isto é, motivos que o contratante lesado não poderia ou não teria condições de normalmente prever⁶⁷.

É evidente que não há como estabelecer *a priori* e de forma geral quando ocorre *desproporção manifesta*. Trata-se de análise que deve ser feita caso a caso, segundo as *regras de experiência* subministradas pela observação do que *ordinariamente acontece*. Exemplo relativamente recente em que se poderia aplicar esse dispositivo – se bem que anterior à vigência do novo Código Civil – sucedeu quando o Governo Federal, em janeiro de 1999, determinou a liberação do câmbio. Tal fato provocou a elevação significativa das prestações dos contratos de *leasing* que eram atualizadas de acordo com a variação do dólar americano⁶⁸.

⁶⁷ O Superior Tribunal de Justiça, em sua *Jornada STJ 17*, estabeleceu que “A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

⁶⁸ Foi o que decidiu a jurisprudência: “Leasing. Desvalorização da moeda. Onerosidade excessiva. A repentina desvalorização da moeda trouxe a onerosidade excessiva alegada pelo apelado e, além disto, consubstanciou mudança na direção da economia, contrariando o que vinha sendo apregoado pelo governo federal. Tratou de fato notório, que, até mesmo, dispensa a produção de provas, neste aspecto (CPC 334, I). Em verdade, o indexador eleito pelas partes era o vinculado a uma moeda cuja oscilação se encontrava sob controle governamental. A partir de 13.1.1999, porém, outra configuração do indexador apareceu, com oscilação

Outro exemplo de norma contendo *termos vagos* caracterizados por *vagueza comum* está no art. 473 do Código Civil que assim dispõe:

“A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito *investimentos consideráveis* para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido *prazo compatível* com a natureza e o vulto dos investimentos” (grifos nossos).

A hipótese aqui versada é comum em contratos de representação, em que o representado promove a rescisão unilateral, mediante denúncia notificada ao representante. Nesse caso, tendo o representante realizado *investimentos consideráveis*, deverá ser mantido o contrato até que transcorra *prazo compatível* com a natureza e o vulto dos investimentos.

Tem-se *in casu* dois *termos vagos* cuja colmatação também se faz à luz das *regras de experiência*. Pequenos investimentos, normais do negócio e necessários ao seu funcionamento, não podem ser tidos como *consideráveis*. Por outro lado, os investimentos cujo retorno financeiro seja de

praticamente livre. Em consequência, era mesmo procedente o pedido revisional” (2º. TACivSP, 10ª. Câmara, Apel. 603.128-0/2, rel. Juiz Nestor Duarte, v.u.). No mesmo sentido: STJ – 3ª. Turma, REsp. 327.250-MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 8.4.2002, v.u.).

médio a longo prazo, concebendo o exercício normal do negócio, sem dúvida são *consideráveis*. Assim, *v.g.*, num contrato de representação comercial em que um representante comercial de determinada editora de livros adquire grande estoque, para venda no prazo de três anos, realiza *investimentos consideráveis*. Em conseqüência, não poderá ter o contrato unilateralmente rescindido um ano após sua celebração. Trata-se aqui da manifestação do princípio da boa-fé objetiva do contrato, previsto no art. 422 do Código Civil, como exigência de etização das relações jurídicas.

Vê-se, assim, que o *prazo compatível* imposto pela lei para a manutenção do contrato é quantificável de acordo com a natureza e o vulto dos investimentos, o que também se faz por simples *regras de experiência*, isto é, pela observação do que ordinariamente acontece, sem recurso a valorações.

6.1.2. Tipos normativos abertos cujos termos são caracterizados por *vagueza socialmente típica*

Normas de tipo aberto caracterizadas por *vagueza socialmente típica* são aquelas que, no entender de Luzzati, possuem *termos jurídicos vagos* cujo preenchimento se faz a partir da análise dos *valores* encontráveis no ambiente social⁶⁹.

Definir o que seja *valor* não é simples. Talvez por isso os doutrinadores descrevam e caracterizem os valores por algumas notas

⁶⁹ Judith Martins-Costa entende, no entanto, que a expressão “vagueza socialmente típica” é gênero do qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados (*A boa-fé no direito privado*, p. 315).

que lhes são comuns, como a *preferibilidade*, a *bipolaridade*, a *graduação hierárquica* e a *referibilidade*.

Segundo André Franco Montoro⁷⁰, a *preferibilidade*, ou não-indiferença constitui a primeira característica dos valores. Estes são “preferíveis” para o sujeito não como resultado de uma dedução lógica, mas de uma intuição ou evidência intuitiva. A *bipolaridade* significa que a todo valor corresponde um antivalor, à semelhança de dois pólos, um positivo, outro negativo: ao belo se opõe o feio; ao bem, o mal; ao agradável, o desagradável; ao justo, o injusto; ao prazer, a dor.

Por fim, os *valores* se apresentam para o sujeito conforme uma *graduação hierárquica*. Podemos falar em *valores* superiores e inferiores: a vida humana é um valor superior ao perfume de uma flor ou à beleza de uma paisagem; o bem-estar de uma população é superior ao lucro de um negócio. Essa escala de valores pode variar conforme as pessoas, grupos e classes sociais, época etc., porém sempre existe alguma escala ou hierarquia de valores a orientar a atuação das pessoas e das sociedades.

Quanto à *referibilidade*, Miguel Reale⁷¹ anota que o valor implica sempre uma tomada de posição do homem. Tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo para alguém. Assim, os valores são *entidades vetoriais*, pois apontam para um sentido, dirigem-se para um ponto reconhecível como fim. Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes de conduta.

⁷⁰ *Estudos de filosofia do direito*, pp. 51-52.

⁷¹ *Filosofia do direito*, p. 190.

Preencher, pois, um *termo vago* sujeito à análise axiológica não é ato discricionário e muito menos arbitrário. Por serem os valores *entidades vetoriais*, está o intérprete adstrito à sua observância segundo a *graduação hierárquica* estabelecida naquela sociedade⁷².

Conquanto não se deva afastar por completo a idéia de um *subjetivismo axiológico*, visto que o juiz atribui significado às coisas de acordo com a reação positiva ou negativa que lhe provocam, temos que os valores gozam de um *caráter objetivo*, principalmente quando incorporados aos princípios.

O caráter objetivo surge do que Engisch define como “valorações preexistentes num sector social ‘dirigente’, ‘relevante’”; seriam, por outras palavras, as *concepções éticas e morais vigentes* pelas quais o juiz se deve deixar orientar⁷³. Destarte, o preenchimento dos *termos vagos* caracterizados por *vagueza socialmente típica* ganha notas de *previsibilidade* e, conseqüentemente, se torna mais *controlável*.

⁷² Como esclarece Paulo Nader, “Os valores se apresentam ao espírito humano como um leque de múltiplas opções, pelo que impõem a organização de uma ordem de preferência, de uma graduação hierárquica” (*Filosofia do direito*, p. 51).

⁷³ “Conquanto propositalmente *vagos os termos dos conceitos normativos*, exatamente para que essa *abertura* permita a incorporação de valores mutáveis, mormente numa sociedade em transformação, a ‘valoração’ que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de conhecimento. O órgão aplicador do Direito tem de ‘averiguar’ quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante do material do conhecimento, e não último critério de conhecimento. Nesta conformidade, também as decisões singulares e os conjuntos de decisões através das quais estes conceitos objectivo-normativos carecidos de preenchimento valorativo são ‘concretizados’ têm o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a ‘subsunção’” (*Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 236, 239-240).

Por tudo que até aqui se expôs, pretende-se evidenciar, mais uma vez, que a colmatação (= preenchimento) de um *termo vago* ou *indeterminado* sujeito à análise valorativa não se faz de forma discricionária e muito menos arbitrária⁷⁴.

Tomemos de exemplo o art. 1.228, §1º, do Código Civil o qual prevê, *verbis*: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas *finalidades econômicas e sociais*, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Deter-nos-emos na expressão *finalidades econômicas e sociais*, constituída por termos vagos cuja *vagueza socialmente típica* pressupõe a análise de valores que estão no próprio sistema jurídico, como adiante se verá.

Não há dúvida alguma de que o art. 1.228, §1º, do Código Civil constitui corolário do princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 5º., XXIII, da Constituição Federal, que acabou por definir um novo *perfil* ao direito de propriedade. Por força desse comando constitucional, o exercício do direito de propriedade passa a ser protegido não apenas no interesse exclusivamente particular. Deve-se levar em conta, também, o interesse

⁷⁴ Eros Grau, analisando os “conceitos indeterminados” sustenta, a nosso ver com razão, que eles “não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação. A aplicação deles, segundo García de Enterría, só permite uma ‘unidade de solução’ em cada caso (1983/434). Assim, quando se fala, em boa-fé, *v.g.*, o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa-fé; *tertium non datur*. Em razão disso, a aplicação dos *conceitos indeterminados* só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito (1983/434)” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 203).

coletivo, isto é, de toda a sociedade, a que a propriedade atenda a uma *função social*.

Assim, na colmatação do termo *função social* da propriedade, deve-se ter como parâmetro o interesse meta-individual cujo objetivo seja o desenvolvimento social e econômico⁷⁵ de todos. A propriedade não perde seu *conteúdo estrutural* (direito de uso, gozo e disposição) com a função social, mas ganha *novos contornos* em face da necessidade de o proprietário dar a ela uma *finalidade* que atenda aos interesses de toda a coletividade.

Como bem anota André Gondinho⁷⁶, “... a função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício; pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isto significa que a propriedade, embora concebida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.

A análise sistemática do direito de propriedade concebido pela Constituição Federal informa que a propriedade não pode ser reduzida de qualquer valor e/ou reduzida à categoria de propriedade formal, com um decadente título de nobreza. O proprietário continua tendo seu conteúdo, cabendo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, gozo, limites, *sempre no intuito de favorecer a função social da propriedade*”(grifos do original).

⁷⁵ É interessante observar a preocupação do Constituinte em inserir a função social como *princípio geral da atividade econômica* (art. 170, III, CF).

⁷⁶ Ob. cit., p. 143.

Nessa senda, os arts. 182, §§2º e 4º, e 186 da Constituição Federal oferecem importantes *standards* para o intérprete na busca da colmatação do termo vago *função social*⁷⁷.

Já vimos que a colmatação de um *termo vago* não se faz de forma discricionária e muito menos arbitrária. O intérprete deve estar balizado por critérios oferecidos, como regra, pelo próprio sistema jurídico e que tanto quanto possível, conduzam a um único resultado.

Ao que nos interessa na análise da colmatação do termo *função social*, podemos considerar as expressões *exigências fundamentais de ordenação da cidade* (art. 182, §2º, CF); *não edificado, subutilizado, não utilizado, adequado aproveitamento* (art. 182, §4º, CF); *propriedade produtiva* (art. 185, II, CF); *aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores* (art. 186, I a IV, CF) como importantes *standards*⁷⁸ ou *princípios gerais de direito*⁷⁹ a serem observados⁸⁰.

⁷⁷ A função social da propriedade, completa Perlingieri, é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para o operador jurídico. Este deve ter sempre a função social como critério de interpretação e aplicação do direito, deixando de aplicar as normas que lhe forem incompatíveis (André Gondinho, ob. cit., pp. 148-149).

⁷⁸ A expressão *standard* ou *legal standard* é originária do direito norte-americano sob a influência de Roscoe Pound. Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de *standards* jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como *mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo* etc. Os *standards* não são normas, mas fórmulas valorativas que uniformizam a interpretação dos mencionados conceitos. Não possuem a força de fonte do direito (Tércio Sampaio Ferraz, *Introdução ao estudo do direito*, p. 243).

⁷⁹ Precisa a lição do Prof. Renan Lotufo, em suas preleções nos cursos de pós-graduação da PUC/SP, quando afirma que os *princípios gerais de direito* traduzem uma idéia *matriz* (original) e *motriz* (que movimenta o sistema jurídico).

Aquele que constrói para fins residenciais ou comerciais ou apenas comercializa imóveis para tais finalidades, promovendo seu adequado aproveitamento e atendendo às exigências fundamentais de ordenação da cidade, contribui para o desenvolvimento social e econômico do País. Conseqüentemente, ele cumpre a função social objetivada pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional⁸¹. Igualmente aquele que produz a terra, dando-lhe aproveitamento racional e adequado, utilizando-se dos recursos naturais disponíveis, preservando o meio ambiente, observando as disposições que regulam as relações de trabalho e explorando a terra de molde a favorecer o bem estar dos proprietários e trabalhadores rurais.

Como se vê, a colmatação do termo *função social* encontra *standards* ou *princípios orientadores* dentro do próprio sistema jurídico. Servem de baliza ao intérprete e também como forma de defesa do proprietário contra medidas tendentes a onerar, cercear e até eliminar o direito de propriedade, tais como parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo no tempo, desapropriação e usucapião.

O novo Código Civil traz, ainda, diversas outras normas caracterizadas por *vagueza socialmente típica*. Como exemplos, pode-se citar o art. 4º, I, que faz referência ao *ébrio habitual*; o art. 57, quando utiliza as expressões *justa causa* e *motivos graves*; o art. 122, que se refere à *ordem pública* e aos *bons costumes*; o art. 187, quanto às expressões *fim econômico ou*

⁸⁰ “A concreção dos conteúdos normativos, conceituados, eventualmente, de forma vaga e ambígua, porém, não é arbitrária, mas vem balisada pelo próprio sistema. Assim, o controle do processo decisório encontra princípios de balisamento da aplicação” (Tércio Sampaio Ferraz, *Introdução ao estudo do direito*, p. 313).

⁸¹ Merece destaque aqui, além, evidentemente, do CC/2002 de que estamos tratando, a Lei 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade), que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

social, boa-fé e bons costumes; o art. 258, quando alude a *motivo de ordem econômica*; e o art. 421, que diz respeito à *função social do contrato*.

6.2. Cláusulas gerais

As *cláusulas gerais* também representam normas abertas que, no mais das vezes, são caracterizadas por *termos vagos* ou *indeterminados*. Como anota Alberto Gosson Jorge Junior⁸², “O problema da identificação e da definição das cláusulas gerais parece estar relacionado à múltipla caracterização destas normas, que ora são definidas pelo aspecto da *generalidade*, ora pela *indeterminação de seus conceitos*, ora pela remissão do intérprete para *valores atualizáveis no contexto histórico*”. Salienta, ainda, o referido autor que “... o ponto que prevalece, ainda que não exclusivamente para a caracterização de uma cláusula geral, está nos valores ou princípios que ela *carrega* ou nos valores ou princípios a que ela remete. Sob este último prisma, os valores nem sempre estariam delineados na norma, por vezes também não seriam encontrados no sistema jurídico, pelo que alguns doutrinadores costumam salientar que a cláusula geral *envia* a valores fora do sistema”⁸³.

Claus-Wilhelm Canaris ressalta que “as cláusulas gerais ‘carecidas de concretização’ têm freqüentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da ‘equidade’ no sentido da justiça do caso concreto. Nesta posição torna-se portanto notável que à formação do sistema, como já foi salientado, não só se oponha a origem histórica do Direito e a limitação das possibilidades

⁸² *As cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 9.

⁸³ *Idem.*, p. 9.

humanas lingüísticas e de conhecimento mas também – como limites de certo modo imanentes – a ‘tendência individualizadora’ da justiça”⁸⁴.

De fato, embora a técnica das *cláusulas gerais* crie uma tendência individualizadora de justiça, enviando o intérprete, por vezes, a elementos valorativos que estão fora do sistema jurídico, é certo que tais elementos “*fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistemização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”⁸⁵.

Aspecto importante a ser ressaltado é que, tratando-se a cláusula geral de norma de tipo aberto caracterizada por *termos vagos ou indeterminados*, sua aplicação também ocorre, a nosso aviso, por meio de processo subsuntivo. É, pois, impróprio falar-se em *discricionariedade* na concreção judicial das *cláusulas gerais*⁸⁶.

A concreção judicial de uma cláusula geral que é, por sua própria natureza, caracterizada por *termos vagos* faz-se por meio de processo integrativo-interpretativo-subsuntivo. Dessa forma, o juiz, primeiramente, deverá *integrar* o termo vago recorrendo às regras de experiência ou à análise de valores incorporados na sociedade. Posteriormente, irá *interpretar* o conceito normativo cujo termo vago fora integrado diante dos

⁸⁴ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 240.

⁸⁵ Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 303.

⁸⁶ Assim não pensa, todavia, Alberto Gosson Jorge Junior, para quem “A noção de *cláusula geral* identifica-se com o conceito de discricionariedade, não aquela classicamente adotada pelo Direito Administrativo e que pode ser expressa no binômio conveniência-oportunidade. Estaria mais próxima da corrente doutrinária que vê na discricionariedade administrativa a ‘vinculação’ do administrador à *finalidade ótima* da norma. Mas há que se ressalvar o leque de opções interpretativas, razoavelmente admissíveis, num horizonte de possibilidades, e, nesse particular, a decisão judicial aparece como um ‘corte’ que direciona para uma *única* decisão, eliminando as opções concorrentes” (Ob. cit., p. 124).

fatos e circunstâncias apresentadas. Em seguida, *subsumirá* os fatos à norma, *aplicando-a*. Todo esse processo - que não é estanque como veremos mais adiante - evidencia que a concreção das cláusulas gerais é realizada com base em *juízos de legalidade* e não de *oportunidade*, porquanto está o órgão julgador adstrito a todo instante às regras impostas pelo sistema jurídico relativamente à aplicação das leis.

Em razão disso, ensina Eros Grau⁸⁷, citando Garcia de Enterría, “a aplicação dos *conceitos indeterminados* só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito (1983/434). A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre as 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”.

Alguns autores costumam distinguir as *cláusulas gerais* dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”. Embora as cláusulas gerais se expressem, em regra, por *termos de conceitos vagos*, é possível, em certa medida, concebê-las de forma *determinada*, mediante a utilização de conceitos descritivos e que não remetam ao parecer pessoal do órgão aplicador do Direito.

⁸⁷ Op. cit., p. 203-204.

Judith Martins-Costa⁸⁸, por sua vez, salienta que as cláusulas gerais exigem “que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma”, pois deverá “averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia à metanorma jurídica” e que “a expressão ‘vagueza socialmente típica’ indica gênero do qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados”⁸⁹.

Parece-nos, todavia, que a distinção feita pela doutrina entre *cláusula geral* e *conceito vago* ou *indeterminado* é de tal sorte tênue que podemos perfeitamente utilizá-los como expressões equivalentes, já que, como assevera Engisch⁹⁰, quase só nos aparecem *cláusulas gerais* que são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas. Assim, tudo quanto desenvolvermos em relação às *normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados* vale também para as *cláusulas gerais*, espécies que são daquele gênero.

6.3. As normas de tipo aberto em sentido lato: a positivação da discricionariedade judicial no novo Código Civil.

Ao lado das normas de tipo cerrado e das normas de tipo aberto caracterizadas por termos de conceitos vagos ou indeterminados, temos ainda o que neste estudo denominaremos de *normas de tipo aberto em sentido lato*, as quais evidenciam a positivação da *discricionariedade judicial* no novo Código Civil.

⁸⁸ *A boa-fé no direito privado*, pp. 326-327, também citada em nota de rodapé por Alberto Gosson Jorge Junior, *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 4.

⁸⁹ *Idem*, p. 315.

⁹⁰ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 233.

Entendemos por *normas de tipo aberto em sentido lato* aquelas que conferem ao juiz, de forma expressa, liberdade para definir a *norma de decisão* segundo um *juízo de oportunidade*. Tais normas têm como característica principal a circunstância de nelas não estar o juiz adstrito a qualquer processo subsuntivo. O legislador, propositadamente, renunciou à tarefa de definir a solução legal abstrata ou o *modelo legal* em que o juiz pudesse subsumir os fatos que se lhe apresentam. Por outras palavras, a lei deixou ao juiz a possibilidade de *criar a norma de decisão* sem ater-se previamente a qualquer tipologia legal e sem predeterminar os efeitos jurídicos correspondentes.

Como exemplo dessa espécie normativa, podemos citar o art. 21 do Código Civil que prevê, *in verbis*: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, *adotará as providências necessárias* para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Veja-se que nesta hipótese a lei não especificou *quais providências necessárias* poderá o juiz adotar para impedir ou fazer cessar o ato contrário à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Deixou-o *livre para escolher* a providência que reputar mais eficaz e efetiva (= *a melhor*), mesmo que não requerida pela parte, a fim de tutelar adequadamente os direitos da personalidade.

Desnecessário dizer que, tratando-se de tutela inibitória para proteção dos direitos da personalidade, sua *propositura* é de iniciativa exclusiva do interessado, em respeito ao princípio dispositivo. A lei

permite ao juiz *in casu* apenas a escolha das *providências necessárias* que deverão ser adotadas para impedir ou fazer cessar ato contrário à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Nisso é que reside seu *poder discricionário* que, como veremos mais adiante, não é totalmente livre, mas *vinculado*.

Da análise do dispositivo acima mencionado percebe-se nitidamente que não há um *suposto normativo* ou uma *tipologia legal* que discrimine as *providências necessárias* que o juiz deverá adotar, sendo impróprio falar-se aqui em *subsunção*. Esta, como se sabe, pressupõe a existência de uma determinada previsão legal, cuja norma contenha diretrizes e elementos, ainda que mínimos, os quais permitam ao juiz adequar o fato ao modelo legal previsto, valendo-se de regras de hermenêutica.

A partir da análise fática que se apresenta e atento aos *standards* e *princípios gerais de direito*, tem o juiz liberdade, que lhe é dada expressamente pela lei, para adotar a *providência necessária* que reputar mais adequada (entenda-se: *a melhor*) para a tutela dos direitos da personalidade natural. Assim, poderá o órgão judicial, desde que mais *eficaz* (= que produz efeito rápido, célere) e *efetivo* (= que traz resultado positivo, adequado), *v.g.*, fixar multa cominatória, determinar a cessação do ato ofensivo sob pena de desobediência, ou valer-se de auxílio policial. Seja qual for a *providência escolhida*, deverá ser ela *proporcional* ao agravo ou à ameaça aos direitos da personalidade.

Também o art. 29 do novo Código Civil traz hipótese típica de *norma aberta em sentido lato*. Dispõe o mencionado dispositivo legal: “Antes da partilha, o juiz, quando julgar conveniente, ordenará

a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis ou em títulos garantidos pela União”.

Trata-se de norma que permite ao juiz, na sucessão provisória, determinar a conversão, mediante alienação, dos bens móveis sujeitos a deterioração ou a extravio em imóveis ou em títulos garantidos pela União. Tem como traço distintivo daquela prevista no art. 472 do CC/1916⁹¹ exatamente o poder discricionário atribuído ao juiz para decidir a *oportunidade* da conversão, mediante alienação dos bens móveis e aquisição, com o produto da venda, de imóveis ou títulos garantidos pela União.

Interessante observar que a *discricionariiedade* autorizada pelo citado dispositivo legal refere-se apenas à *oportunidade*, isto é, ao *momento* da alienação e não à sua *conveniência* (se aliena ou não). O verbo é imperativo: o juiz *ordenará*. Assim, não cabe ao juiz decidir se aliena ou não os bens móveis sujeitos à deterioração ou a extravio. Presentes as circunstâncias mencionadas no art. 472 do CC, isto é, o risco de deterioração ou extravio, o juiz *deve* determinar a alienação dos bens móveis, na *oportunidade* que entender mais adequada (= a melhor), a fim de evitar prejuízo aos herdeiros e sucessores.

Outra *norma de tipo aberto em sentido lato* presente no novo Código Civil, especificamente no Direito das Obrigações, é aquela do art. 252, que prevê, *verbis*:

“Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

⁹¹ “Art. 472. Antes da partilha, o juiz ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis, ou em títulos da dívida pública da União ou dos Estados (art. 477)”.

§1º. Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.

§2º. Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período.

§3º. No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, *decidirá o juiz*, findo o prazo por este assinado para a deliberação.

§4º. Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, *cabera ao juiz a escolha* se não houver acordo entre as partes” (grifos nossos).

A *discricionariedade* aqui se refere à hipótese em que, na obrigação alternativa, havendo pluralidade de optantes e não havendo acordo unânime entre eles quanto à *especificação* do objeto da obrigação, o juiz procede à escolha deste segundo sua *conveniência e oportunidade*. O mesmo ocorre quando a escolha compete a terceiro e este não quer ou não pode exercê-la e não existe acordo entre o credor e o devedor.

Registre-se que o *juízo de oportunidade* de que ora se trata também não é inteiramente livre. Mesmo quando aplica uma *norma de tipo aberto em sentido lato* está o juiz adstrito aos parâmetros encontráveis no próprio sistema jurídico e que lhe indicarão qual a *melhor escolha*, ou seja, a que melhor atenda aos interesses das partes, à natureza da obrigação, ao escopo contratual, à função social do contrato etc.

Outras normas de tipo aberto em sentido lato são também encontradas no art. 25, §3º., do Código Civil, no que concerne à escolha do curador para administrar os bens do ausente; no art. 31, relativamente à

decisão sobre a conveniência e oportunidade da alienação dos imóveis do ausente; no art. 40, quanto à escolha do administrador provisório; no art. 724, referente ao arbitramento da remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei ou em contrato; no art. 1010, §2º., acerca da decisão sobre os negócios da sociedade, quando houver empate na deliberação tomada entre os sócios; no art. 1.715, par. único, em relação à definição do destino a ser dado ao saldo resultante da excussão e alienação do bem de família etc.

Em todas essas normas o que se vê é uma espécie de delegação legal ao juiz para que este *crie a norma de decisão* no caso concreto⁹², utilizando-se de um *juízo de oportunidade*. Tal *juízo*, porém, não é inteiramente livre, uma vez que o órgão julgador está vinculado a *standards* e/ou *princípios gerais de direito* que nortearão sua decisão. Como esse proceder não é típico da função jurisdicional, deve haver autorização legal expressa.

Nesse sentido, filiamo-nos ao entendimento de Eros Grau quando afirma que a discricionariedade, notadamente a judicial, só pode resultar de “expressa atribuição normativa”⁹³. Não destoia desse entendimento Karl Engisch⁹⁴: “O autêntico ‘poder discricionário’ é *atribuído pelo direito e pela lei* quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente ‘articulando’ o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um ‘resto’ de

⁹² Aqui sim fazendo do juiz, como assevera Engisch, “em sentido verdadeiro e próprio, um criador do Direito”, que o torna o legislador do caso concreto” (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 242).

⁹³ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 223.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 221-222 (grifos nossos).

insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser a melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer seu próprio ‘ponto de vista’”.

Note-se que a norma que confere ao juiz o poder de resolver o conflito ou determinada situação de forma discricionária não necessita utilizar-se do conhecido binômio *conveniência e oportunidade* para configurar-se como tal. Basta que se atribua expressamente ao juiz a aplicação do *efeito* correspondente, isto é, a escolha da consequência.

Por outras palavras, nas normas de tipo aberto em sentido lato, caracterizadas por conferirem ao juiz o poder de aplicá-las segundo juízos de oportunidade, como bem salienta Barbosa Moreira⁹⁵, com apoio em Raselli, a própria escolha da consequência, omitida intencionalmente pela norma, fica entregue à decisão do aplicador. A solução não se acha predeterminada pela norma, como se dá em relação às normas as quais contêm termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados.

A análise de algumas normas previstas no novo Código Civil nos permitirá melhor entendimento do acima exposto.

O art. 1.010, §2º, do Código Civil, estabelece que, havendo empate entre os sócios quanto às deliberações sociais relativas aos negócios da sociedade *decidirá o juiz*. Note-se que a lei não se utiliza da expressão *segundo sua conveniência e oportunidade*. No entanto, a *escolha da consequência* não é predeterminada pela norma, seja porque inviável diante da

⁹⁵ *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, pp. 612-613.

multiplicidade de situações envolvendo os negócios societários, impossibilitando a fixação prévia do que seja a *melhor* solução, seja porque variável de acordo com o caso concreto. Torna-se preferível atribuir-se ao juiz a fixação *discricionária* (e não arbitrária) da *norma de decisão*.

O artigo 1.704 do Código Civil, ao estabelecer que “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão *a ser fixada pelo juiz*, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”, também não faz referência à expressão *segundo sua conveniência e oportunidade*. É certo, porém, que se trata de norma que permite ao juiz agir conforme juízos de oportunidade, porquanto a fixação da *conseqüência* prevista no dispositivo legal em questão (valor devido a título de alimentos) está entregue à *discrissão* do juiz.

O mesmo ocorre em relação ao art. 1.715, par. único, do Código Civil, que assim dispõe:

“O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, *a critério do juiz*.”

Nesse dispositivo, da mesma forma não se utiliza a lei do binômio *conveniência e oportunidade*. Entretanto dúvida não há de que a expressão *a critério do juiz* indica tratar-se de norma de tipo aberto em sentido

lato, que confere ao aplicador *discricionariedade* para decidir onde e como *melhor* aplicar o saldo resultante da excussão judicial do bem de família.

Releva notar que a decisão proferida pelo juiz ao aplicar uma *norma de tipo aberto em sentido lato*, embora pautada por um *juízo de oportunidade*, também está sujeita a controle judicial, como veremos mais adiante, notadamente quando consubstancie *desvio de finalidade* ou *abuso de poder*⁹⁶.

⁹⁶ Nessa senda, escreve Engisch que “... o quadro de moldura de decisão pessoal não é só restringido através de limites legais claramente visíveis, mas ainda através de limitações, determinadas segundo o Direito consuetudinário ou segundo a ‘idéia de Direito e de Estado’. Finalmente, também a proibição da ‘arbitrariedade’ e da ‘falta de pertinência’ (*Unsachlichkeit*) exige consideração” (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 242).

6.3.1. As normas de tipo aberto que conferem liberdade ao juiz para decidir por equidade. Ainda a discricionariedade

Ainda dentro da classificação que ora propomos, temos como espécie de *normas de tipo aberto em sentido lato* todas aquelas em que a lei atribui ao juiz o poder de decidir *por equidade*.

Para os objetivos traçados neste trabalho, interessa-nos analisar a *equidade* na acepção *estrita*⁹⁷, isto é, como ideal de justiça enquanto *aplicado*. Ou, por outras palavras, na acepção empírica da justiça no caso concreto, no momento da integração/individualização judiciária. E, nessa acepção, desde logo definimos a *equidade* como uma espécie de *poder discricionário*.

Nas *normas de tipo aberto em sentido lato* caracterizadas por *equidade* o juiz não realiza processo subsuntivo. A norma é destituída de elementos descritivos ou mesmo de termos vagos carecidos de preenchimento valorativo ou por regras de experiência. Como não há um *suposto normativo*, diz-se que o juiz tem *discricionariedade* ao aplicar a norma no caso concreto.

⁹⁷ Maria Helena Diniz, citando Alípio Silveira, expõe as três acepções do termo *equidade*, todas intimamente relacionadas: a) na *latíssima*, ela seria o princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda conduta humana: religiosa, moral, social, jurídica, configurando-se como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer; b) na *lata*, a equidade confundir-se-ia com a idéia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito, com a idéia do direito, com o direito natural em todas as suas significações; c) na *estrita*, significaria esse mesmo ideal de justiça enquanto aplicado, ou seja, na interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação etc., sendo, nesta acepção, empírica; constituiria ela a justiça no caso concreto (*As lacunas no direito*, pp. 248-249).

Nesse sentido ensina Maria Helena Diniz⁹⁸ que “A equidade confere, pode-se assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, eqüitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular ou omissa”.

Norberto Bobbio⁹⁹ também considera tratar-se de um poder discricionário. Citando De Marini, salienta que “no caso do juízo de equidade, a fonte formal do direito é o juiz, que explica o seu poder normativo mediante sentenças dispositivas, entendendo-se por este termo as sentenças que determinam autonomamente uma relação jurídica particular, que resolvem *discricionariamente* um conflito de interesses, que dispõe a disciplina jurídica para o caso concreto com uma solução particular não baseada numa norma preexistente geral”.

Por isso é que Aristóteles¹⁰⁰ já dizia que “Neste sentido, aplicar a equidade (*epieikeia*) significa agir de modo a complementar o caso que se apresenta *hic et nunc* de modo que, assim o fazendo, está-se a agir como o faria o próprio legislador se presente estivesse. O sujeito, aqui, sub-roga-se na própria posição do legislador que opera com a generalidade dos casos, fazendo-se um legislador para o caso individual marginal a qualquer ditame legal”. E, mais adiante, conclui: “Assim como a necessidade de aplicação da equidade surge a partir da singularidade dos casos concretos, é exatamente no julgamento dos mesmos que dela deve lançar mão o julgador (*dikastés*). O julgador que se faz legislador no caso concreto é um homem equo (*o epieikés*),

⁹⁸ Idem, p. 265.

⁹⁹ *O positivismo jurídico*, p. 175 (grifo nosso).

¹⁰⁰ *A justiça em Aristóteles*, pp. 129-130.

neste sentido. A prudência de seu reto juízo – novamente a aplicação do *ortòs logos* se revela como sendo um critério para o aperfeiçoamento ético até mesmo da própria *dikaíosyne* – permite-lhe discernir que uma mecânica subsunção do fato à norma criaria uma situação de injustiça para aquele que é parte em um processo público”.

Evidencia-se aqui verdadeiro *poder criativo* do Direito, porquanto a *norma de decisão é criada* e imposta pelo juiz sem que esteja adstrito a qualquer modelo legal¹⁰¹. A liberdade que a lei lhe atribui é também neste caso uma espécie de *poder discricionário* que, no entanto, não é arbitrário.

Há de se registrar que, embora seja a equidade uma espécie de *conceito normativo-subjetivo*¹⁰², não é ele infenso à verificação de sua conformidade em face do sistema jurídico como um todo.

Sempre que a decisão por equidade consubstanciar-se em desvio de finalidade ou abuso de poder, ou, por outras palavras, traduzir-se em arbítrio ou falta de pertinência com os fins almejados pelo ordenamento jurídico, será ela *ilegítima* e, como tal, passível de correção pelos instrumentos jurídicos postos à disposição do prejudicado.

Destaque-se que entre nós a decisão *por* equidade só pode resultar de expressa autorização legal. É o que dispõe o art. 127 do

¹⁰¹ Bastante eloqüente, neste aspecto, era a norma do art. 114 do CPC/1939: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria, se legislador fosse”. Norma idêntica ainda hoje está prevista nos códigos de processo de Portugal e da Suíça.

¹⁰² Assim entendido como aqueles cujos protótipos são molduras da “livre discricção”, isto é, que autorizam o órgão aplicador do Direito a considerar como vinculante e “justa” a valoração por ele pessoalmente tida por justa (Engisch, op. cit., p. 241).

Código de Processo Civil, *verbis*: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Isso não significa, porém, que não possa o juiz decidir *com* equidade, fundamentado no art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰³.

Nesse sentido, acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus próprios critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º. da Lei de Introdução” (RSTJ 83/168).

Por outras palavras, significa que o juiz apenas poderá decidir *por* equidade quando tiver de aplicar norma jurídica que expressamente lhe permita agir de forma *discricionária*, como ocorre, *v.g.*, nos arts. 413, 738, par. único, e 928, par. único, do Código Civil. Nada impede, todavia, que *interprete* norma jurídica aplicável a determinado caso concreto *com* equidade, atento aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º./LICC). Nesse caso, a equidade “é um recurso utilizável como critério de mensuração e adaptação da norma ao caso, para que da observância de uma estrita legalidade não se venha a ser mais arbitrário do que onde as leis não estejam presentes”¹⁰⁴.

¹⁰³ Art. 5º. da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

¹⁰⁴ *A justiça em Aristóteles*, p. 130.

Também no direito italiano, o agir *por* equidade é limitado aos casos expressamente previstos em lei. Assim dispõe o art. 113 do *Codice di Procedura Civile*: “Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità”.

Comentando o referido dispositivo legal do Código de Processo Civil atualmente em vigor na Itália, Consolo e Luiso¹⁰⁵ asseveram: “Al giudizio reso in conformità alle preconstituite norme del diritto positivo l’art. 113 in esame oppone il giudizio secondo equità: e bem può dirsi che la configurazione del primo come regola generale sai il riflesso della patente di eccezionalità attribuita al secondo nell’operata sua delimitazione di ammissibilità ai soli casi espressamente previsti dalla legge”.

No mesmo sentido afirma Ruggiero¹⁰⁶: “É preciso não esquecer que não pode (o juiz) recorrer de *motu proprio* à equidade, mas só quando expressamente para ela o legislador o remeta”.

Isso se deve, como vimos, à circunstância de a lei delegar ao juiz um poder que não lhe é próprio, ou seja, não é da natureza da função jurisdicional. A equidade, considerada pela doutrina como a *justiça do caso singular*, confere ao juiz um poder discricionário de decidir segundo um *juízo de oportunidade* e não de *legalidade*. Por isso não pode ser admitida abertamente, sob pena de as decisões judiciais, de um modo geral, tornarem-se arbitrariamente casuísticas, em franco prejuízo à segurança jurídica.

¹⁰⁵ *Codice di procedura civile commentato*, IPSOA, 1997, p. 458.

¹⁰⁶ *Instituições de direito civil*, p. 49.

Quando a lei permite ao juiz agir *por* equidade, não lhe está dando carta branca para fazer o que bem entende, de acordo com a sua concepção pessoal de justiça. As concepções éticas e morais vigentes também aqui devem orientar o juiz na decisão *por* equidade.

Tomemos como exemplo o art. 928 do Código Civil, que assim dispõe:

“O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser *equitativa*, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem” (grifo nosso).

Normalmente, quem responde pelos atos do incapaz são os seus pais, tutores ou curadores (art. 932, I e II, CC). Em casos excepcionais, porém, pode ocorrer que eles não tenham a obrigação de fazê-lo¹⁰⁷ ou não disponham de meios suficientes para tanto.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁰⁸ ressaltam, sob outra ótica, que o art. 928, subvertendo a teoria tradicional que considerava o menor impúbere civilmente irresponsável, passou

¹⁰⁷ V.g. em caso de emancipação do menor de 18 anos, nos casos previstos no art. 5º, II a V, do Código Civil, como sustenta Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, p. 73, não obstante entendimento diverso da jurisprudência: “Responsabilidade civil – Colisão de veículos – Motorista menor emancipado – Irrelevância – Pai co-responsável – Ação procedente. O fato de o motorista culpado ser menor emancipado não afasta a responsabilidade do pai, a quem pertence o veículo causador do dano” (RT 494/92); inclusive do Supremo Tribunal Federal (RTJ 62/108).

¹⁰⁸ *Novo curso de direito civil*, vol. III, p. 171.

a consagrar a plena responsabilidade jurídica do incapaz, em cujo conceito se subsume o menor, desde que os seus responsáveis não tenham a obrigação de indenizar ou não disponham de meios suficientes para tanto.

Seja como for, denota-se do parágrafo único do art. 928/CC que a indenização devida pelo incapaz não pode estar atrelada exclusivamente à extensão do dano. O juiz deverá levar em conta a necessidade de manutenção do incapaz. Em outras palavras, a indenização não há de ser fixada em montante que, de alguma forma, possa prejudicar a subsistência do incapaz ou de quem dele dependa. Ainda que seu patrimônio seja suficiente para responder integralmente pelos danos causados, a indenização “não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem” (art. 928, par. único). Deve o juiz, portanto, averiguar se o patrimônio é suficiente para responder pelo dano e manutenção do incapaz.

Quer nos parecer, com efeito, que a norma em análise prevê uma espécie de equidade *vinculada*, isto é, o juiz não está inteiramente livre para fixar a indenização segundo suas concepções pessoais de justiça no caso concreto, mas adstrito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio estabelece, na hipótese versada, entre outras coisas, que o incapaz não deverá ser privado do indispensável à sua subsistência. Ou seja, a reparação de um mal (dano causado à vítima) não pode gerar outro mal (privação do incapaz). Esta é a concepção moral vigente, que se encontra até mesmo incorporada ao texto legal, e a ela está também vinculado o juiz.

Sentimentos pessoais de justiça ou de equidade aqui são irrelevantes¹⁰⁹. Não pode o juiz, por exemplo, entender que em determinado caso deve-se indenizar integralmente a vítima, em prejuízo à subsistência do incapaz causador do dano, por compreender que a ressarcibilidade é mais importante que a preservação do patrimônio do incapaz. A subsistência deste é um *valor* incorporado ao ordenamento jurídico pátrio e que vincula a decisão do juiz na fixação do *quantum* indenizatório¹¹⁰.

Situação difícil, contudo, e que só poderá ser decidida à luz do princípio da proporcionalidade, é aquela em que tanto o causador do dano como a vítima são incapazes e ambos correm o risco de ficar privados do necessário à subsistência. Imagine-se a hipótese de um adolescente emancipado, nos termos do art. 5º., II a V, do CC¹¹¹, que, dirigindo um veículo

¹⁰⁹ Nesse sentido, adverte com razão Agostinho Alvim que “a lei recomenda a equidade, explícita ou implicitamente, de maneira a descer até a individuação, tal lei permite ao juiz a revelação do direito. Mas, como o termo ‘legislador’, aplicado ao juiz, não lhe dá arbítrio absoluto, deve ele ter em vista o sistema legislativo e a moral positiva (moral que impera em dado tempo e lugar), para desse modo revelar o que ‘descobriu’, mas nunca o que haja ‘criado’ arbitrariamente” (*Da equidade*, RT 132/7-8).

¹¹⁰ Maria Helena Diniz assevera, no ponto, que a equidade não é “uma licença para o arbítrio puro, mas uma atividade condicionada às valorações positivas do ordenamento jurídico, ou seja, relacionada aos subsistemas normativo, valorativo e fático, que compõem o sistema jurídico. Se assim não fosse, haveria nas normas que, explícita ou implicitamente, se referem à equidade uma autorização dada ao juiz de substituir a norma vigente por outra, que seria produto exclusivo de sua vontade, ou que criasse outra na ausência de norma aplicável” (*As lacunas no direito*, p. 266).

¹¹¹ Isto porque, segundo pensamos, a emancipação voluntária prevista no art. 5º., I, do CC, não tem o condão de afastar a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis decorrente da lei. Como assentou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 2ª. Câmara Civil, rel. Clarindo Favretto, nos autos da Apelação Cível n. 186065454, um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei. “Responsabilidade civil do pais pelos atos dos filhos menores – Emancipação – A emancipação concedida pelo pai ao filho menor é liberalidade exclusivamente benéfica deste – Tem a finalidade de liberá-lo da assistência, facilitando-lhe a prática dos atos jurídicos – Desavém ao pai utilizá-la para descartar-se da responsabilidade pelos atos do filho menor, ‘na idade em que os riscos se maximizam – da puberdade até a maioridade com os vinte e um anos’, porque torna mascarada a liberação do pátrio poder. Nestas circunstâncias, a delegação total da capacidade, outorgada pelo pai ao filho menor, não compreende exoneração da responsabilidade, que não se substitui, nem se sucede, para delir a

em alta velocidade, cause o atropelamento e morte de alguém responsável pela subsistência de um incapaz.

A questão que aqui se põe é saber se o juiz deverá optar pela preservação do patrimônio do adolescente causador do dano, de cuja subsistência depende, ou pelo ressarcimento ao incapaz cujo responsável por sua subsistência veio a falecer em virtude do atropelamento. Como se vê, dois são os valores em conflito, ambos representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Do sopesamento de ambos os valores, à luz do princípio da proporcionalidade, não pode restar dúvida de que a indenização ao incapaz-vítima, privado do necessário à sua subsistência, deve prevalecer à preservação do patrimônio do incapaz-causador do dano, mesmo com prejuízo à subsistência deste. Entre a preservação da subsistência do incapaz causador do dano e daquele que foi vítima do acidente, obviamente deverá o juiz optar por este, até porque, como regra, aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927/CC).

Se o escopo da lei foi a proteção do incapaz ou de quem dele dependa, é intuitivo que a regra do art. 928, par. único, não tem aplicação quando a vítima também é incapaz e se encontra privada do indispensável à sua subsistência, em razão do ato ilícito praticado.

Sem dúvida, é desejável uma solução de equilíbrio que permita distribuir igualmente os ônus decorrentes da responsabilidade

solidariedade nascida do ato ilícito. Não é nulo, mas ineficaz, o ato da emancipação, em face de terceiros e do menor, prejudicial pela totalidade da carga na obrigação de indenizar, por isso cognoscível o defeito e pronunciável de ofício, no próprio processo”.

civil. Assim, se puder ser fixada a indenização, mesmo módica, e ao incapaz causador do dano ser reservada parte de seu patrimônio, ainda que não suficiente para mantê-lo como antes da prática do ato ilícito, deverá o juiz optar por esta solução.

7. Integração ou interpretação das normas de tipo aberto?

O fenômeno da *integração* das normas jurídicas tem sido frequentemente relacionado ao problema da colmatação (= *preenchimento*) das lacunas no Direito. Assim, toda vez que o juiz estiver diante de um caso não previsto no ordenamento jurídico, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 4º. da LICC). Nesse método de preenchimento de lacunas no Direito tem a doutrina identificado verdadeiro poder de *criação judicial*, a qual não se confunde, é bom ressaltar, com o arbítrio.

Em relação às normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados, a doutrina é uníssona em mencionar a necessidade de prévio *preenchimento* do “conceito vago ou indeterminado” para que possam ser aplicadas. Esse *preenchimento* é também uma forma de *integração* da norma para que ela possa ser *interpretada e aplicada* validamente ao caso concreto.

Há, por assim dizer, o que Norberto Bobbio¹¹² denomina de *interpretação integrativa*. O autor a identifica como gênero do qual são espécies a *interpretação extensiva* e a *analogia juris*. Nesta o juiz não se baseia num raciocínio por analogia, mas a um procedimento duplo de abstração e de subsunção de uma *species* num *genus*. O processo de abstração consiste em extrair os *princípios gerais do ordenamento jurídico*, ou seja, de um conjunto de regras que disciplinam uma matéria, o juiz abstrai indutivamente uma norma

¹¹² *O positivismo jurídico*, p. 219.

geral não formulada pelo legislador, mas da qual as normas singulares expressamente estabelecidas são apenas aplicações particulares.

Uma vez formulada a norma geral, a que chamamos de um princípio do ordenamento jurídico, o juiz a aplica àqueles casos que, embora não disciplinados nas normas singulares expressas, são abrangidos no âmbito dos casos previstos pela mesma norma geral. Nessa segunda fase, o juiz executa precisamente um trabalho de subsunção de uma *species* (os casos não regulados pelas normas singulares) num *genus* (a categoria dos casos aos quais se refere a norma geral)¹¹³.

Já na *interpretação extensiva*, que Bobbio denomina de “uma forma menor de raciocínio por analogia” ou “uma forma atenuada de interpretação analógica”, amplia-se a hipótese estabelecida por uma norma, isto é, aplica-se esta mesma norma a um caso por ela não previsto, mas similar àquele expressamente regulado.

Quanto às normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados, cremos que também aqui estamos diante de uma espécie de *interpretação-integrativa*. Desnecessário dizer que a *integração* dessa espécie de norma não se confunde com aquela destinada à colmatação de lacunas normativas, a começar pelos métodos de uma e de outra, um tanto quanto diversos¹¹⁴.

¹¹³ Idem, pp. 219-220.

¹¹⁴ Na *integração* de uma lacuna normativa, o juiz se utiliza, em primeiro lugar, da *analogia*, a seguir, dos *costumes* e, por fim, dos *princípios gerais de direito* (art. 4º. da LICC). Na *integração* de um *termo vago* não há regra de conduta a ser seguida. O juiz não recorre diretamente à *analogia*, embora possa (e deva) se utilizar dos *costumes* quando tiver de definir um termo vago constituído por *vagueza comum* (cujo preenchimento se faz com recurso às regras de experiência) e dos *princípios gerais de direito* quando tiver de definir um termo

Ademais, como anota Maria Helena Diniz, os casos de penumbra, ou melhor, as *lacunas de reconhecimento*¹¹⁵, nada têm a ver com o problema tradicional das lacunas jurídicas, ou seja, da completude ou incompletude. Dizer que o direito é incompleto sugere uma falha, uma ausência de algo. Os casos de penumbra não se originam de insuficiência ou defeito do sistema, mas de certas propriedades semânticas da linguagem.

A expressão *integração* é empregada neste trabalho no sentido de colmatação (= *preenchimento*) de um conceito jurídico vago ou indeterminado como condição prévia para que ele possa ser adequadamente interpretado e subsumido aos fatos apresentados. Mais apropriado, sob essa ótica, falar-se, de início, em *integração* das normas de tipo aberto para só então recorrer-se à *interpretação*, embora ambas cheguem por vezes a se confundir, dado que, nesta, o que se busca é exatamente desvendar o sentido e alcance da norma¹¹⁶.

Parece-nos, todavia, que a *integração* de uma norma aberta caracterizada por *termos vagos* constitui um *prius* em relação à

vago representado por *vagueza socialmente típica* (cujo preenchimento se faz com recurso à axiologia).

¹¹⁵ As *lacunas de reconhecimento* são oriundas do que Hart denomina *problema de penumbra*, concernente aos casos individuais que, em virtude de indeterminação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, o juiz não sabe se pertencem ou não ao caso genérico em tela. A presença, pelo menos potencial, dos casos de penumbra, principalmente na aplicação judicial do direito, é mérito do “realismo jurídico”, por haver chamado a atenção sobre tal problema (*As lacunas no direito*, p. 274).

¹¹⁶ Como ensina Maria Helena Diniz, “*Interpretar* é descobrir o sentido e alcance da norma. Devido aos motivos já mencionados – ambigüidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação -, o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, está interpretando-a, pesquisando o seu verdadeiro significado. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; desvendar o sentido do vocábulo; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, da norma, tudo o nela se contém” (Idem, p. 276).

interpretação propriamente dita, embora desta não possa ser logicamente dissociada. Aliás, *integração*, *interpretação* e, como veremos mais adiante, *subsunção* são fenômenos indissociáveis na *aplicação* das normas jurídicas¹¹⁷.

Observe-se que, quando nos encontramos diante de uma norma cerrada, plena de elementos definitórios, não há o fenômeno da *integração*. O juiz não necessita recorrer aos *valores* incorporados no sistema jurídico ou às *regras de experiência* – como o faria para *preencher* um “conceito vago ou indeterminado” -, mas tão somente aos métodos de interpretação recolhidos da doutrina¹¹⁸. A norma cerrada já é por si só definida; não carece de *preenchimento*, *colmatação*.

Pode-se dizer, portanto, que nas normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados ocorre uma forma diferente ou mais complexa de *interpretação*. Por outras palavras, e utilizando-nos da classificação de Bobbio, seria uma espécie de *interpretação-integrativa*,

¹¹⁷ Eros Grau chega a dizer que há uma superposição entre a *interpretação* e a *aplicação*. São suas palavras: “Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* (Gadamer 1991/401), o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a *aplica*. *Interpretação* e *aplicação* não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (Gadamer 1991/397). Assim, existe uma adequação entre interpretação e aplicação: não estamos aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação (Marí 1991/236). *Interpretação* e *aplicação* se superpõem” (Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 208).

¹¹⁸ Importante aqui lembrar a lição de Ruggiero, ao ressaltar que “Da mesma forma, a obra legislativa clara, cuja leitura não mostre qualquer obscuridade ou ambigüidade, tem necessidade de interpretação. Não é pois verdadeiro que a interpretação pressuponha a dificuldade de entender à primeira vista o sentido da lei e se deva excluir quando não exista tal dificuldade. Só aparentemente é que o processo de interpretação não tem lugar para os preceitos não obscuros; nesse caso é menos evidente somente por ser mais rápido e quase instantâneo. Se a aplicação da norma implica um trabalho da inteligência para a solução ou adaptação do caso particular e concreto na figura do caso geral e abstrato formulado pelo legislador, é impossível tal aplicação sem prévia interpretação” (*Instituições de direito civil*, p. 178).

na qual a *integração* funcionaria como pressuposto para a *interpretação-subsunção*.

Ressalte-se, porém, mais uma vez, que não obstante seja a *integração* um *prius* em relação à *interpretação*, não há como dissociá-las no momento da *aplicação* da norma¹¹⁹. A propósito, a *subsunção* do fato à norma, que seria, por assim dizer, a terceira etapa desse processo, após, portanto, ter sido a norma *integrada* e *interpretada*, também não pode ser dissociada. *Integração*, *interpretação* e *subsunção*, embora sejam fenômenos que possam ser estudados e analisados individualmente, constituem elementos indissociáveis do processo destinado à *aplicação* das normas abertas.

Registre-se que nesse processo *integrativo-interpretativo-subsumtivo* das normas jurídicas abertas caracterizadas por termos vagos, busca-se não apenas descobrir o sentido que está por detrás da expressão lingüística indefinida, como também, e principalmente, eleger, entre as várias significações que a expressão comporta, *a verdadeira*.

Em percuciente análise sobre os métodos de interpretação, assevera Manuel A. Domingues de Andrade¹²⁰ que “Os princípios da interpretação devem, por conseqüência, dar-nos não só a possibilidade de

¹¹⁹ A aplicação da lei pelo juiz, ensina Fabio Ulhoa Coelho, “só se verifica quando ela não tiver sido obedecida. Ela é, pois, definida como o ato do Poder Judiciário que decide o conflito de interesses que lhe for submetido pelo interessado” (Op. cit., p. 109). Afirma ainda que “O juiz, na fundamentação da sentença, normalmente subsume os fatos provados nos autos judiciais à lei que está aplicando. Mas não se confundem *subsunção* e *aplicação*. Esta é, como visto, o ato do Poder Judiciário pelo qual um conflito de interesses é solucionado de acordo com a lei: e a *subsunção* é a operação mental realizada pelo julgador relacionando o descrito na norma ao acontecido (segundo as provas nos autos). A *subsunção* do fato à lei, portanto, antecede a aplicação desta” (Op. cit., p. 124).

¹²⁰ *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, pp. 26-28.

atrás das palavras encontrarmos os pensamentos possíveis, mas também a de entre os pensamentos possíveis descobrirmos o verdadeiro”.

Em seguida, o autor conclui que, dentre os possíveis pensamentos da lei, há o intérprete de preferir aquele mediante o qual a lei exteriorize o sentido mais razoável, mais salutar, e produza o efeito mais benéfico. Se, mesmo assim, ainda se encontrar o intérprete diante de várias significações possíveis, podendo divisar a boa solução tanto numa como noutra, deverá recorrer à conexão das disposições legais e preferir a interpretação que estruturalmente melhor se adapte ao ordenamento jurídico como um todo¹²¹. Por fim e se necessário, há de examinar a tradição histórica, as aspirações e preocupações da lei, os fins que ela se esforçou por atingir, as intenções, desejos e receios que agitavam o meio e, principalmente, o pensamento e a vontade do presente, representados pelas concepções éticas e morais vigentes¹²².

Esse processo de hermenêutica, como ressalta Ruggiero¹²³, “não se desenvolve arbitrariamente, segundo o capricho ou o sentimento particular de quem é chamado a interpretar a lei: é submetido a regras, que disciplinam o uso dos vários meios a que o intérprete pode recorrer,

¹²¹ Enquadramos aqui também a *interpretação conforme a Constituição*. Assim, ao recorrer à conexão das disposições legais, o juiz deve preferir, entre os sentidos possíveis que encontrar, o que melhor se afeiçoe (ou que esteja *conforme*) aos princípios e disposições constitucionais. Como ensina Canotilho, “o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê sentido em conformidade com a Constituição” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1099),

¹²² Não se cogita do método gramatical ou filológico, pois, se os termos dos conceitos já são por si sós vagos ou indeterminados, de nenhuma utilidade se mostra a análise de suas conexões sintáticas, uma vez que não conduziria a resultado algum.

¹²³ Op. cit., p. 179.

e é governado por uma série de princípios, que cumpre à teoria da interpretação determinar e coordenar harmonicamente”.

No mesmo sentido, ressalta Maria Helena Diniz¹²⁴, com a argúcia que lhe é peculiar: “O magistrado tem, como dissemos, ao aplicar as normas jurídicas, criando uma norma individual, autorização de interpretá-las e integrá-las, devendo, para tanto, manter-se dentro dos limites estabelecidos pelo direito, de maneira que o desenvolvimento do direito só poderá dar-se dentro dos marcos jurídicos. As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento, que é mais rico do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito”.

Relativamente às *normas de tipo aberto em sentido lato*, assim entendidas, como vimos, aquelas que conferem ao juiz liberdade para criar a norma de decisão segundo um *juízo de oportunidade*, também há uma espécie de *interpretação integrativa*.

Nesses casos, temos o que Maria Helena Diniz denomina *lacuna intencional*¹²⁵. Nós a qualificaremos de *imprópria*, porquanto o sistema jurídico não regulou abstratamente a situação, relegando ao juiz a criação da norma específica sem fixar-lhe diretrizes para tanto, como o fez no art. 4º. da LICC em relação às lacunas normativas.

¹²⁴ *As lacunas no direito*, p. 280.

¹²⁵ *Lacunas intencionais ou voluntárias* são aquelas que “o legislador, propositadamente, deixa em aberto, porque a matéria, por ser assaz complexa, exigiria normas excessivamente minuciosas ou porque, por não se sentir em condições adequadas, entende ser mais propício confiar ao juiz a missão de encontrar a norma específica” (Op. cit., p. 86).

Ressalte-se que na *integração* de lacunas normativas o juiz deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Pode, ainda, desde que não consiga resolver a questão por nenhum dos recursos retromencionados – o que para nós é de rara, talvez impossível, ocorrência, já que praticamente tudo se resolve à luz dos princípios gerais de direito-, utilizar-se da equidade.

Já na *interpretação integrativa* de uma *norma de tipo aberto em sentido lato*, na qual o órgão julgador exerce verdadeiro poder discricionário, preenchendo-a segundo juízos de oportunidade, a lei não traz nenhuma diretriz sobre como proceder. O juiz está, portanto, livre para escolher, entre as soluções possíveis, a que *melhor* se afeiçoe ao caso concreto e ao sistema jurídico como um todo.

Claro que o juiz, mesmo no caso de norma de tipo aberto em sentido lato, também realiza interpretação, pois deve desvendar o sentido e o alcance *dos fatos* que se lhe apresentam e verificar se aquela norma tem *incidência* sobre eles. Deve, inclusive, investigar se tais fatos correspondem realmente à hipótese normativa que lhe defere o poder de agir discricionariamente. Isso não significa, no entanto, que realiza processo subsuntivo. As normas de tipo aberto em sentido lato não contêm um *modelo legal* no qual possa o juiz subsumir os fatos. A interpretação integrativa que aqui é exigida não objetiva a subsunção, mas apenas a verificação da *incidência* ou não da norma aos fatos.

Analisemos, por exemplo, a norma inserta no art. 252, §3º, do Código Civil, que concede ao juiz o poder de escolher a obrigação a ser cumprida quando houver pluralidade de optantes e não houver acordo entre

eles. Tal norma requer apenas a interpretação dos fatos para saber, primeiro, se há uma obrigação alternativa; segundo se existe pluralidade de optantes; e terceiro, se realmente ocorre divergência entre eles quanto à escolha do objeto da obrigação. Presentes tais condições, *incide* a norma que permite ao juiz escolher, discricionariamente, o objeto que melhor atenda aos escopos do contrato. Isso não é, à evidência, subsunção. Esta, como visto, é a adequação de uma determinada situação fática a um modelo legal previamente estabelecido e ao qual o juiz está adstrito. Trata-se de um juízo de legalidade e não de oportunidade.

8. Há discricionariedade judicial na *interpretação-integrativa* das normas abertas previstas no novo Código Civil?

A pergunta a que ora se propõe remete a duas outras questões conexas: existe efetivamente uma *discricionariedade judicial*? Se existe, em que medida e sob que condições ela seria exercida? Remete, ainda, à classificação que fizemos no capítulo VI sobre as espécies de normas abertas previstas no novo Código Civil.

Começemos por analisar a existência ou não da chamada *discricionariedade judicial*.

O mérito da criação e do desenvolvimento da teoria da discricionariedade deve-se sem dúvida à doutrina administrativista. Desta surgiram diversas obras destinadas a demonstrar que o administrador, quando da prática de certos atos típicos de administração, notadamente no que se refere ao motivo e ao objeto, detém uma margem de liberdade de escolha entre as soluções possíveis, liberdade que lhe é atribuída pela própria lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹²⁶, após discorrer sobre a natureza da atividade administrativa, reconhecendo-a como uma *função* que pressupõe o cumprimento obrigatório de um *dever* de atingir uma *finalidade antecipadamente estabelecida* através do manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, conceitua a *discricionariedade* como sendo “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois

¹²⁶ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48.

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”.

Tirante a frase “por força da fluidez das expressões da lei”, com a qual não concordamos por não vislumbrarmos *discricionariiedade* na interpretação-integrativa dos termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos, como veremos mais adiante, temos que a *discrção* apresenta como pressuposto a concessão, pela lei, de uma certa margem de liberdade ao intérprete para que escolha, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante o caso concreto, aquele que melhor satisfaça a finalidade legal.

Do conceito supra mencionado, pode parecer, à primeira vista, que a discricionariiedade seria estranha à função jurisdicional, a qual se encontra atrelada à idéia de dicção do Direito (*Juris dictio*), o que pressupõe vinculação e não discrção. Todavia, hoje não há mais dúvida de que, ao lado de *funções típicas*, todo Poder de Estado exerce também funções *atípicas*, isto é, funções que não lhe são próprias, que não são de sua essência.

Abstraindo-se da prática de atos administrativos e de administração no âmbito do próprio Judiciário, os quais também representam exercício de funções atípicas¹²⁷, é plenamente defensável, como anota Karl

¹²⁷ O que se tem, nesses casos, é o exercício de função administrativa pelo Judiciário (e não necessariamente pelo juiz) no âmbito interno. Sendo função administrativa, óbvio que os mesmos princípios aplicáveis à administração pública, enquanto responsável pela prática de

Engisch¹²⁸, o ponto de vista de que existe um poder discricionário judicial. Essa discricionariedade traduz-se num poder de escolha, entre pelo menos duas soluções possíveis, diante de um conflito de interesses ou de uma determinada situação jurídica que requer uma decisão do juiz.

Alessandro Raselli¹²⁹ igualmente reconhece a existência de poder discricionário no exercício da função jurisdicional. São suas palavras: “Per quanto concerne la teoria dello Stier-Somlo, non credo necessario indugiarmi a dimostrase come sai possibile una distinzione sostanziale fra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale debba sempre consistere nell’applicazione di una norma giuridica, ma cio non basta ad escludere che il giudice possa esercitare un potere discrezionale. Prima di tutto potrebbe darsi che il giudice esercitasse in certi casi un’attività amministrativa, congiuta o no con quelle giurisdizionale, e che appunto nella prima si riscontrasse la discrezionalità. Inoltre, anche per applicare giurisdizionalmente una norma di legge, può essere necessario un libero apprezzamento di interessi, in quanto la norma può essere formulata in modo tale che ocorra precisarla caso per caso valutando gli interessi in contrasto. Io ritengo del resto che anche l’autorità amministrativa, nell’essercizio del suo potere discrezionale, debba eseguire un precetto giuridico, e che la discrezionalità consista appunto negli speciali apprezzamenti di convenienza necessari per l’applicazione di tale precetto. Quindi, dal fatto che l’attività del giudice sia rivolta all’attuazione del diritto obiettivo, non deriva necessariamente l’esclusione del potere discrezionale”.

atos administrativos e de administração, são ainda aplicáveis ao agente público (juiz ou funcionário) incumbido de administrar o patrimônio público e os servidores do Judiciário.

¹²⁸ *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 225-226.

¹²⁹ *Il potere discrezionale del giudice*, pp. 181-182.

No mesmo sentido, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio¹³⁰, para quem “o poder discricionário efetivamente existe no âmbito da atividade jurisdicional, não como regra, mas como meio de preencher lacunas necessariamente propositais constantes da norma positiva, em casos esporádicos”.

Arruda Alvim¹³¹, por sua vez, salienta que “Na verdade, o nosso Ordenamento Jurídico, especialmente quando a questão refere-se a uma decisão judicial, sempre teve reservas na admissão de uma discricionariedade judicial em tal espécie de ato. ‘A tendência que nos rege é a de buscar, o mais possível, parâmetros seguros que balizem o terreno a ser percorrido pelo juiz. Salvo nos procedimentos de jurisdição voluntária, o critério que adotamos para as sentenças é o da legalidade estrita. Por equidade o juiz só decidirá “nos casos previstos em lei” que são muito limitados (...)’.

Como bem ponderado por Marcelo Harger¹³², ‘Na realidade, o que ocorre é que enquanto a liberdade do constituinte é plena, a liberdade dos demais poderes encontra certas limitações. Mas as limitações são diferentes para cada um deles e, portanto, a esfera de liberdade também.

É assim que a atividade administrativa somente pode ser exercida nos limites da lei (e da Constituição) e a atividade discricionária somente tem origem em uma atribuição legal.

A atividade do legislador, por sua vez, somente

¹³⁰ *O poder geral de cautela do juiz*, p. 108.

¹³¹ *A arguição de relevância no recurso extraordinário*.

¹³² *A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 756, p. 25.

encontra limites na Constituição. Este possui, portanto, uma esfera de liberdade muito maior que a do administrador, pois o seu domínio abrange todas as relações jurídicas para as quais nada foi previsto pela Constituição. Mas há, ainda, outra diferença. É que enquanto o legislador pode escolher livremente, observado, apenas, os princípios constitucionais e as tendências e reações sociais, o administrador deve procurar atingir a finalidade prevista pela lei.

A atividade jurisdicional também difere da administrativa em relação à discricionariedade. É que enquanto nesta há a possibilidade entre duas escolhas igualmente válidas para o direito naquela considera-se a decisão do Juiz como uma verdade objetiva, a justa aplicação da lei, a única solução a ser adotada diante do caso concreto. No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ‘no caso da função jurisdicional, não se pode conceber que o Juiz tivesse várias opções, para escolher segundo critérios políticos; caso contrário, poder-se-ia admitir que, depois de decidir a lide, pela aplicação da lei segundo trabalho de exegese, restariam outras soluções igualmente válidas’.

Na concepção de Teresa Wambier¹³³: ‘Dizem os administrativistas que a discricionariedade é a margem da liberdade conferida pela lei àquele que a aplica pela circunstância de não determinar de modo concreto e específico como atingir, em cada caso, o fim querido pela lei. É um resíduo de liberdade, outorgado ao aplicador que gera para ele o dever de integrar a vontade da lei.

‘(...). Indubitavelmente, entre a discricionariedade administrativa e a ‘discricionariedade’ judicial há diferenças tão fundamentais a ponto de justificar que, de regra, não se deva usar do termo discricionariedade

¹³³ *Existe a “Discricionariedade” Judicial?* São Paulo: Revista do Processo, vol. 70, p. 232-234.

atinentemente à atividade do Poder Judiciário, como se verá, salvo em raríssimas exceções.

(...). A diferença fundamental que há entre o preenchimento (em concreto) de um conceito vago --- fenômeno a que, como se disse, muitos designam, com alguma improbidade de ‘discricionariedade propriamente dita, é que quando uma norma encampa o conceito vago, em sua redação, ela é concebida com o escopo de gerar uma só interpretação, ou seja, a gerar uma situação tal, de molde a que dela se extraia uma só interpretação, um só resultado.

Daí o absurdo da Súmula 400 do STF.

Com isso, tem-se que o Juiz nunca tem diante de si vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um, sendo, todos, juridicamente lícitos e ‘queridos’ pela norma, embora uns possam ser ‘melhores’ que outros. Para o Magistrado há uma solução, que pelo legislador e ‘determinada’ pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela não seja dos mais fáceis.

(...). E se pode dizer que só há uma solução correta, embora o sistema tolere, do ponto de vista pragmático, haja dualidade ou mesmo pluralidade de decisões, fruto de aplicação da mesma norma, ao mesmo conjunto de fatos, se ela contém um conceito vago, que enseja atividade interpretativa mais complexa que o exercício de raciocínio (sic) preso ao esquema subsuntivo. Se o sistema ‘tolera’ essa dualidade ou pluralidade de decisões, embora essa situação seja indesejável (mas inevitável), é porque não há meios: 1º) de se aferir, tecnicamente, qual seja a decisão ontologicamente

mais correta; 2º) nem de passar ‘peneira fina’, por ausência de meios técnicos capazes de uniformizar (sic), de forma absoluta e impecável, todos os resultados possíveis, de todos os julgamentos que envolvam processos interpretativos complexos, de conceitos vagos’.

Correto o posicionamento de Rogéria Dotti Doria¹³⁴ quando afirma que: ‘de um modo geral, nenhuma decisão judicial pode ser considerada ato discricionário. Ela deve representar exatamente aquilo que o legislador previu para determinada circunstância’. Não é por outra razão que ‘o específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia do juiz é a própria voz da lei in concreto. Esta é a sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores, em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Ao juiz, portanto, não é dada a opção de escolher esta ou aquela decisão. A decisão é única e está na lei. Incumbe-lhe apenas descobrir, ao analisar o caso concreto, qual seria a decisão legal’.

De todo impossível admitir que o julgador esteja munido de um poder que pode ou não ser utilizado, ou que critério de conveniência, oportunidade e ‘justiça’, tal como nos atos administrativos discricionários, sirva de parâmetro para as decisões judiciais. Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁵ adota o posicionamento de que nos atos discricionários haveria uma margem de liberdade com a adoção de critérios de conveniência e oportunidade. Ora, não parece possível que tal tipo de postura possa ser, validamente, adotada pelo julgador, posto que sendo a lei única, a mesma não

¹³⁴ *A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, p. 56.

¹³⁵ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 203.

pode suportar exegeses distintas e ambas sendo tidas como válidas.”

Em nosso entendimento, existe, de fato, poder discricionário judicial sempre que norma jurídica válida houver atribuído ao juiz, de forma expressa, certa margem de liberdade para escolher, diante de um conflito de interesses ou de uma determinada situação concreta, a solução que melhor atenda à finalidade objetivada pela norma. Não é, portanto, qualquer conflito de interesses ou qualquer situação jurídica concreta que enseja tal discricionariedade¹³⁶. Também não é o fato de a norma conter “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” que ensejará a atuação discricionária do juiz.

O que irá definir a existência ou não do poder discricionário judicial é *a lei* que, em determinadas hipóteses, por ser impossível regular em abstrato a solução legal ou desaconselhável estabelecer previamente a solução, ante as peculiaridades de cada caso, prefere atribuir ao juiz a discricção de optar, caso a caso, pela solução que melhor atenda à finalidade almejada pela norma. Logo, apenas poderá o juiz atuar segundo um juízo de oportunidade, na medida em que norma jurídica válida expressamente a ele atribuir tal poder.

Vale aqui citar, mais uma vez, a lição de Eros Grau¹³⁷, com a qual, neste aspecto, concordamos integralmente: “A *discricionariedade*, vimos, expressa-se na formulação de *juízos de oportunidade*, importando eleição entre *indiferentes jurídicos*, à margem, pois, da *legalidade*. Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de *atos discricionários* – isto é, exercitando as

¹³⁶ Mesmo porque todo juiz tem obviamente liberdade ao aplicar uma lei ao um caso concreto. O problema é a *conformação* dessa liberdade ao sistema jurídico como um todo e, em face deste, a *legitimidade* do resultado apresentado na sentença.

¹³⁷ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 206.

margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da *legalidade* – quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de *juízos de oportunidade*”.

É o caso, *v.g.*, do art. 1.010, §2º, do Código Civil, que possibilita ao juiz decidir sobre os negócios da sociedade quando houver empate entre os sócios¹³⁸. Veja-se que, nesse caso, a lei confere expressamente ao juiz o poder discricionário de optar pela solução que julgar mais conveniente e oportuna. Constitui uma decisão pautada por um juízo de oportunidade e não de legalidade.

O mesmo ocorre no art. 1.715, par. único, do Código Civil, quanto à definição do destino a ser dado ao saldo resultante da excussão e alienação do bem de família. Ao juiz incumbe decidir, de acordo com o que reputar mais conveniente e oportuno, qual a melhor solução no que concerne ao saldo remanescente mencionado. Também aqui se verifica decisão pautada por um juízo de oportunidade.

É a lei, portanto, que concede ao juiz a chamada discricionariedade judicial. Esta, todavia, não é absolutamente livre e muito menos pode ser confundida com o arbítrio, como veremos no capítulo seguinte.

¹³⁸ Trata-se de empate que deve ser verificado não apenas em relação ao número de quotas de cada sócio, mas também em relação ao número de sócios votantes. Nesse sentido observa argutamente Fabio Ulhoa Coelho: “A regra geral é a prevalência da vontade da maioria, computada segundo a participação de cada sócio no capital social (CC/2002, art. 1010). São, assim, proporcionais o número de voto e o valor da quota ou quotas do sócio. Se *Antonio* é titular de quotas representativas de 50% do capital social, enquanto *Benedito* e *Carlos* titularizam 25% cada um, a cada 10 votos do primeiro sócio corresponderão 5, para o segundo, e 5, para o terceiro. Em caso de empate, desconsidera-se essa proporção, se prevalece a vontade do maior número de sócios. Se *Antonio* votou em Pedro para presidente, enquanto *Benedito* e *Carlos* votaram em João, deu-se o empate; mas eleito está João, segundo a regra da sociedade simples. Esta é uma diferença substancial entre os dois regimes de regência supletiva da limitada, já que na LSA não é previsto tal critério de superação do desempate (pelo número de sócios)” (*Curso de direito comercial*, vol. 2, p. 432).

Em qualquer das hipóteses acima mencionadas e em todas as outras onde a lei expressamente confere ao juiz certa margem de discricionariedade, a decisão deve ser a *melhor*, ou seja, deve representar a solução que melhor satisfaça à finalidade da norma¹³⁹.

Assim, no caso do art. 1.010, §2º, do Código Civil, não é qualquer solução que poderá ser adotada, mas somente aquela que represente e atenda aos *melhores* interesses da sociedade. Também no caso do art. 1.715, par. único, do Código Civil, não é qualquer solução que interessa, mas apenas a que dê a *melhor* destinação ao saldo remanescente da alienação do bem de família, considerando-se a proteção à família objetivada pela lei. Enfim, a solução que a lei delegou ao juiz não é aquela que arbitrariamente ele queira adotar, segundo seus critérios pessoais de justiça, mas a que, com efeito, atenda à finalidade ótima desejada pela norma e pelo Direito.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴⁰, em interessante análise sobre o que poderíamos chamar de limites ou medidas no uso do poder discricionário, faz a seguinte indagação: “Quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade?” Obviamente que não, pois, como ressalta o referido autor, não teria sentido algum que a lei, podendo determinar o resultado que repute *melhor*, tenha optado por conceder ao juiz liberdade para escolher indiferentemente qualquer solução.

¹³⁹ É o que, a nosso aviso, Engisch denomina de *discricionariedade vinculada*, entendida “no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o ‘único ajustado’, em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e, particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as ‘circunstâncias do caso concreto’” (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 220).

¹⁴⁰ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 32.

No entanto, há de se indagar ainda: se a lei pode escolher entre as soluções possíveis a que reputasse melhor, por que razão teria franqueado ao juiz tal discricionariedade? A resposta é simples: se analisarmos as normas de tipo aberto em sentido lato previstas no novo Código Civil, as quais conferem ao juiz o poder-dever de agir segundo um juízo de oportunidade, chegaremos à conclusão de que qualquer solução abstrata que fosse definida pela lei e que abrigasse todas as situações fáticas poderia gerar injustiças ou desconsiderar fatores e circunstâncias somente apreciáveis caso a caso. Assim, ao invés de determinar a *melhor* solução, a lei acabaria, em certos casos, trazendo a pior solução.

É evidente que o fato de a lei ter deixado de fixar o comportamento ou o resultado que entendia melhor não significa, em absoluto, que tenha delegado ao juiz o poder de escolher indiferentemente qualquer solução. Se delegou ao juiz discricionariedade para escolher a solução é porque, em decorrência de fatores e circunstâncias somente apreciáveis *in concreto*, a solução judicial era a que melhor atenderia à finalidade objetivada pela lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴¹ ressalta, ainda, que “A existência de uma variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discricionariedade evidentemente não significa que esta considere que *todas* estas soluções são iguais e indiferentemente adequadas para *todos* os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que *algumas* delas são adequadas para *alguns* casos e que *outras* delas são adequadas para *outros* casos”.

¹⁴¹ Idem, p. 37.

O campo de liberdade existente no mandamento ou na norma de Direito em abstrato é muito maior do que aquele existente perante a situação concreta, já que a norma se fez ampla ou com certa liberdade, precisamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade.

Enfim, e parafraseando Celso Antonio Bandeira de Mello, diríamos que nos casos de discricionariedade o juiz encontra-se diante de um dever jurídico de praticar não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

Quanto às normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados, não há de falar-se, em nosso entendimento, sobre a existência de discricionariedade judicial, notadamente na interpretação e aplicação delas.

É que, como aduz Eros Grau¹⁴², “a superação da indeterminação (*o preenchimento*) dos ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, das noções) opera-se no campo da interpretação, não no campo da discricionariedade; importa a formulação de *juízo de legalidade*, não de *juízo de oportunidade*”.

De fato, quando a lei, propositadamente, estabelece um tipo normativo permeado por termos vagos ou indeterminados de conceitos jurídicos, não se quer com isso conferir ao exegeta liberdade para interpretar e aplicar a norma, segundo juízos de oportunidade. O processo de

¹⁴² *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 213-214.

concreção judicial de um “conceito jurídico vago ou indeterminado” é orientado por regras e princípios a que o juiz está atrelado.

Em interessante estudo sobre os “conceitos juridicamente indeterminados”, José Carlos Barbosa Moreira¹⁴³ aduz que “na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor. Exemplo frisante é o dos ‘atos contrários à moral e aos bons costumes’, cuja prática, na dicção do artigo 395, n. III, do Código Civil, acarreta a perda do pátrio poder.

Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da *discricionariedade*. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina *poder discricionário*. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição de tal poder; mas a verdade é que também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias”.

Mais adiante, afirma o autor: “O que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos

¹⁴³ *Regra de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, p. 612-613.

essenciais da estrutura da norma, a saber, o ‘fato’ (*Tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do ‘fato’, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador”.

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴⁴: “Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada apresenta-se a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica* do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz.

Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz dessas regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade.

Nesses casos, verificando haver subsunção da situação descrita pela parte a qualquer das hipóteses legais, não restará outra alternativa ao julgador, senão aplicar a regra invocada. Dessa decisão cabe recurso, providência destinada exatamente a possibilitar o reexame da questão pelo órgão superior, que modificará a conclusão de 1º. Grau se entendê-la incorreta.

¹⁴⁴ *Código de processo civil interpretado*, pp. 352-353.

Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é a prevista pela norma. É claro que, quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.

Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno”.

A utilização de termos vagos ou indeterminados nos conceitos jurídicos objetiva permitir que o exegeta adapte a norma em consonância com os influxos sociais, o momento histórico-cultural, as peculiaridades do caso concreto etc. Essa flexibilização da interpretação integrativa não se confunde, à evidência, com a liberdade, atribuída em certos casos pela lei, para que o juiz escolha, dentre um leque de pelo menos duas opções, a solução que entender adequada ao caso que se lhe apresenta.

Os “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” nada mais são que uma técnica legislativa, legítima e salutar, que remete o intérprete a valores, princípios ou regras que devem ser adaptados à realidade fática, a fim de se encontrar a norma de decisão incidente no caso concreto.

Entendemos que, ao interpretar e aplicar uma norma de tipo aberto caracterizada por termos vagos ou indeterminados, o juiz não tem liberdade para escolher, entre os sentidos possíveis que o termo vago ou indeterminado comporta, o que considere mais adequado e talvez até o que

entenda melhor para atender à finalidade da norma, mas, isto sim, o único possível em face dos fins objetivados em concreto pela norma. Ao realizar o que denominamos neste trabalho de *interpretação-integrativa*¹⁴⁵, o juiz visa encontrar a *única* solução desejada pela norma jurídica e não a melhor (o que pressupõe a existência de outras, talvez até razoáveis, igualmente legítimas do ponto de vista do Direito¹⁴⁶).

Trata-se, como se denota, de juízo de legalidade e não de oportunidade, porquanto o juiz está adstrito a regras de experiência, a regras próprias de hermenêutica e ainda a *standards* e *princípios gerais* previstos, como regra, no próprio sistema jurídico, os quais lhe indicam o único sentido preciso que a norma comporta *in concreto* e, conseqüentemente, a *única* solução legítima a ser adotada¹⁴⁷.

Não quer a lei aqui a solução razoável. Tampouco se busca a melhor - o que, repita-se, pressupõe a existência de outras até mesmo

¹⁴⁵ Que, a nosso juízo, pressupõe a *integração* do termo vago, a *interpretação* da norma integrada, a *subsunção* do fato a ela e a sua *aplicação*.

¹⁴⁶ Basta ver a malsinada Súmula 400 do STF, tantas vezes criticada pela doutrina, exatamente por acolher a legitimidade de uma decisão judicial que, embora não tenha dado a melhor interpretação à norma (dever-se-ia entender: *a única*), foi ao menos razoável. Essa Súmula tem duas premissas que nos parecem absolutamente falsas: a primeira, por aceitar a existência de discricionariedade judicial na interpretação de normas jurídicas (o que se conclui ao reconhecer que o juiz, no processo interpretativo, está sempre diante de duas escolhas: uma razoável e outra melhor); a segunda, por admitir que, entre duas opções comportadas na interpretação, o sistema jurídico se satisfaça apenas com a *razoável* e não a melhor.

¹⁴⁷ Mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello - que sustenta que a discricionariedade, contrariamente ao que pensamos, pode também decorrer da hipótese ou da finalidade da norma, sempre que esta contiver conceitos vagos, fluidos ou indeterminados -, aceita que, “logicamente, por uma irrefragável imposição racional”, tais conceitos têm *algum conteúdo determinável* (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, pp. 18-19 e 28). Em outra passagem de sua obra, assevera no mesmo sentido: “O administrador (e também aqui o juiz), ao interpretar e aplicar a norma, não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde” (Idem, pp. 30-31).

razoáveis -, mas a única e verdadeira, isto é, a *correta*. Nesse aspecto, discordamos de Eros Grau¹⁴⁸ quando afirma inexistir no âmbito do Direito soluções exatas, mas um elenco, para cada caso, de soluções corretas.

O referido autor, embora advogue a tese da inexistência de discricionariedade na colmatação e aplicação das normas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos, conclui que a interpretação (que já é a aplicação do direito) é uma prudência e esta não é nem ciência, nem arte. A prudência é a razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, separado do ser.

Não concebemos como o processo de *interpretação-integrativa* de uma norma de tipo aberto caracterizada por termos vagos ou indeterminados pode conduzir a várias soluções corretas. O Direito, como ciência que é, não deseja um leque de soluções corretas para o mesmo caso concreto, já que seria paradoxal admitir que determinado conflito de interesses ou determinada situação jurídica pudessem comportar um elenco de soluções igualmente corretas, ainda que antagônicas.

Obviamente, por se tratar o processo de interpretação das normas jurídicas de operação humana, está sujeito a divergências de entendimento. Isto, porém, não deve ofuscar a idéia de que, para casos iguais, há de se ter resultados iguais e únicos, em vista da finalidade almejada pela norma.

Quando dois juízes interpretam e aplicam uma norma aberta, caracterizada por termos vagos ou indeterminados, de forma

¹⁴⁸ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 204-217.

diferente e com resultados diversos, embora diante de situações concretas literalmente iguais, é muito provável que um deles errou¹⁴⁹. Não se deve admitir que ambas as decisões, por se fundarem em uma prudência - que não é ciência nem arte, segundo aduz Eros Grau, - sejam igualmente corretas. O Direito não contempla, ao menos em tese, para situações idênticas soluções judiciais diferentes, mormente na interpretação integrativa de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”.

Claro que uma norma contendo “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” pode perfeitamente, diante de situações concretas diferentes, ser interpretada e aplicada de forma diversa. A propósito, esta é exatamente a razão pela qual a lei contempla os “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”: permitir que, à luz do caso concreto, possa a norma portadora desses “conceitos” ser interpretada e aplicada em consonância com as peculiaridades de cada caso. Não fosse assim, o próprio legislador já teria substituído os termos vagos ou indeterminados por outros cujo sentido e alcance não comportassem qualquer dúvida ou exigissem do órgão julgador menor esforço interpretativo.

A grande vantagem de um sistema permeado por normas abertas é permitir a adoção de soluções diversas para casos distintos, em

¹⁴⁹ Salvo nos casos em que, em face da existência de equilibrada divergência entre concepções éticas e morais, não possa o juiz optar com absoluta segurança por uma delas. Manuel Atienza, ao criticar a *Teoria Retórica* de Perelman, expõe que o “problema, naturalmente, reside na questão de se o equilíbrio entre as opiniões contrapostas, que se associa à noção de racionalidade, pode sempre ser conseguido. Evidentemente há muitas razões para duvidar disso. Os casos difíceis, por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros. Serve de exemplo a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (no famoso caso *Roe versus Wade*, de 1973), reconhecendo um direito ao aborto que se apoiaria no direito fundamental à *privacy*. O caso dividiu em duas partes quase iguais não apenas os membros do tribunal, como também os juristas profissionais e a sociedade em geral. Qual seria, num caso como esse, a decisão razoável?” (*As razões do direito*, p. 119).

face das circunstâncias e peculiaridades de cada caso. Isso, todavia, não rompe com a uniformidade do sistema jurídico. Por outras palavras, a segurança das relações jurídicas não é quebrada com a existência de decisões judiciais diferentes para casos diferentes, embora submetidos à mesma norma jurídica portadora de “conceitos vagos ou indeterminados”. A fluidez das normas jurídicas encontra sua razão de ser na flexibilidade de sua interpretação diante de situações concretas. Entretanto isso não se confunde, em absoluto, com a divergência de decisões judiciais em situações concretamente iguais, a pretexto de uma “prudência” na interpretação, que legitimaria mais de uma solução correta.

Por isso é que Manuel A. Domingues de Andrade¹⁵⁰ aduz que os princípios de interpretação devem permitir-nos não só encontrarmos, atrás das palavras, os pensamentos possíveis, mas também a de descobrirmos, entre estes, o *verdadeiro*. Interpretar, em matéria de leis, quer dizer não só descobrir o sentido que está por detrás da expressão, como também, dentre as várias significações que estão cobertas pela expressão, eleger a *verdadeira e decisiva*.

Advirta-se, no entanto, como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵¹, que “só se pode considerar ser ‘verdadeiro’ um método se se tem em conta a idéia de *verdade* conectada à de *convenção*. O Direito indubitavelmente lida muito mais freqüentemente com a ‘verdade construída’. Não lidamos com verdades reveladas (religiosas) nem descobertas (científicas), mas com verdades que são fruto quase que de um *consenso*. É a ‘verdade que nasce do processo de interação entre as pessoas a partir de um

¹⁵⁰ *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, p. 26.

¹⁵¹ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 56.

quadro referencial'. Trata-se, pois, de um conceito de verdade que se liga à idéia de *acordo*. Assim, é uma *verdade relativa*, pois só é aferível em função do contexto em que se insere. Se há desacordo quanto, por exemplo, aos conceitos envolvidos, já perde sentido a discussão a respeito da verdade de certa proposição”.

Logo, “se a verdade não é ‘revelada’ ou ‘descoberta’, já que não vem de Deus, nem preexiste ao labor humano, não se encontra, pois, no objeto observado. É uma verdade ‘construída’ ‘num processo do qual participa o intérprete’. Não é, essa verdade, DEMONSTRADA, mas LEGITIMADA mediante um processo de JUSTIFICAÇÃO”¹⁵².

Parece-nos, pois, que, embora não se possa extrair do processo de interpretação integrativa dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” uma solução cuja exatidão seja equiparável à verdade científica, ao menos se pode encontrar, através das regras de experiência, da axiologia, da hermenêutica, dos *standards* e dos princípios gerais do direito, aos quais o juiz está adstrito, o que Teresa Arruda Alvim Wambier denomina de “verdade construída”. Tal *verdade*, exatamente porque relativa a um juízo de legalidade e não de oportunidade, não conduz, como diz Eros Grau, a várias soluções corretas, mas a uma única.

Destaque-se, com bem lembra Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁵³, que “a interpretação dos conceitos jurídicos vagos ou indeterminados se faz contextualmente, isto é, em função do plexo total de normas jurídicas, o que termina por adensar um pouco o que haja de fluidez

¹⁵² Idem, *ibidem*.

¹⁵³ *Discricionariedade judicial e controle jurisdicional*, pp. 30-31.

nesse conceito, embora não elimine sempre, necessariamente e de modo completo, o campo de possíveis dúvidas”.

Em conclusão, e para os fins propostos neste trabalho, poderíamos dizer que há discricionariedade judicial apenas e tão somente quando a norma jurídica expressamente conferir ao juiz certa margem de liberdade para escolher, entre pelo menos duas soluções, a adequada (entenda-se: *a melhor*) ao caso concreto, como ocorre em relação às *normas de tipo aberto em sentido lato*, previstas em vários dispositivos do novo Código Civil. Não há discricionariedade, por outro lado, em relação à interpretação integrativa das normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados (“conceitos jurídicos indeterminados”), porquanto nestas o juiz está adstrito a um juízo de legalidade e não de oportunidade, que conduz a um único resultado, isto é, o *correto*, o *verdadeiro*.

9 – A discricionariiedade judicial e o “prudente arbítrio” do juiz

Do quanto dissemos no capítulo anterior, dúvida não resta em relação à existência da chamada discricionariiedade judicial. Esta se manifesta sempre que o juiz, nos casos expressamente autorizados por lei, exerce o poder-dever de escolher, dentre os atos comportados pela regra para a solução de um determinado conflito, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade almejada pela norma.

Entendida, portanto, a discricionariiedade como uma espécie de delegação legal para que o juiz escolha entre duas ou mais soluções a que melhor atenda à finalidade legal, parece inequívoco que, no âmbito da atividade jurisdicional, não tem ele liberdade plena, desvinculada de qualquer parâmetro existente no sistema jurídico.

Liberdade plena, sem restrições ou regras de comportamento, não é discricionariiedade, mas arbítrio, o que é absolutamente incompatível com a idéia de Estado de Direito e com o próprio exercício de qualquer função pública, sobretudo de caráter jurisdicional.

Desde logo devemos, pois, distinguir discricionariiedade de arbitrariedade. Enquanto nesta há plena liberdade no agir, sem vínculos ou parâmetros de qualquer ordem, naquela há uma margem de liberdade circunscrita às soluções possíveis comportadas e objetivadas pela lei. Discricionariiedade significa poder de escolha pautado pela finalidade desejada pela lei. A arbitrariedade, de outro lado, é poder de escolha segundo a vontade do agente.

Tal distinção não escapou à precisa observação de Hely Lopes Meirelles¹⁵⁴, cuja lição, não obstante voltada ao Direito administrativo, merece ser transcrita: “Convém esclarecer que *poder discricionário* não se confunde com *poder arbitrário*. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. De há muito já advertia Jèze: ‘Il ne faut pas confondre pouvoir *discrétionnaire* et pouvoir *arbitraire*’”.

Por isso é que Luiz Orione Neto¹⁵⁵, com a argúcia que lhe é peculiar, afirma não concordar com o emprego da expressão “prudente arbítrio”, pois arbítrio é algo que extrapola os limites do permitido. Portanto, não pode ser prudente algo que não é lícito ao juiz fazer. Mais adiante, citando Carmem Lúcia Antunes Rocha, ressalta: “o arbítrio não tem qualificativo; não se altera em sua essência pelo adjetivo que se acompanhe; não se aprimora nem se humaniza pela aparência enganosa de juridicidade de que em um novo título o envolva”.

De fato, não pode ser prudente o que é arbitrário, como não pode ser arbitrário o que é prudente. Prudência é qualidade de quem age com moderação, comedimento, buscando evitar tudo o que acredita ser fonte de erro ou de dano; é agir com cautela, precaução, cordura e sensatez. Quem age de forma arbitrária não apresenta nenhum desses qualificativos. Age de acordo

¹⁵⁴ *Direito administrativo brasileiro*, p. 115.

¹⁵⁵ *Tratado das liminares*, vol. I, p. 375 (rodapé).

com sua exclusiva vontade, sem limites ou preocupações com o erro ou o injusto.

No entanto, freqüentemente se observa, na doutrina e na jurisprudência, e até mesmo na lei (*v.g.* arts. 363, V, e 915, par. 3º., CPC), a expressão “prudente arbítrio” como sinônima de *discricionariedade*. Tal sinonímia, contudo, apresenta erro, e leva, muitas vezes, a conclusões equivocadas como a que, por exemplo, sustenta ser irrecurável a decisão do juiz pautada no seu “prudente arbítrio”¹⁵⁶.

O que se diz ser “prudente arbítrio” do juiz constitui, no mais das vezes¹⁵⁷, mero exercício de poder discricionário, sujeito a

¹⁵⁶ Em acórdão do STF, onde se pretendeu traduzir essa idéia, embora sob o prisma da discricionariedade, chegou-se a sustentar que “O ato de concessão ou não da liminar em mandado de segurança circunscreve-se à discricção do Juiz, não cabendo recurso, quer o despacho seja positivo ou negativo” (STF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.4.91, DJU 7.6.91). Note-se que o referido acórdão, além de afirmar, ao nosso ver de forma equivocada, que a concessão ou não de liminar é ato discricionário, ainda determina sua irrecurabilidade, como se os atos *discricionários* fossem infensos ao controle jurisdicional. Ora, a decisão que concede ou não uma liminar em mandado de segurança está sujeita a requisitos legais aos quais o juiz se vincula. Logo, se presentes estão os requisitos da relevância dos fundamentos (pela demonstração da provável existência de direito líquido e certo) e do *periculum in mora*, o juiz tem o *dever* de conceder a liminar. Como também, ausentes tais requisitos, o *dever* de negá-la. Não há, como se vê, *escolha* entre duas ou mais soluções possíveis, admitidas pelo sistema jurídico, o que seria próprio da discricionariedade. Trata-se de ato vinculado que em nada se altera pela circunstância de o juiz ter, antes, que *integrar* e *interpretar* “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” como ocorre em relação às expressões *relevância da fundamentação* e *periculum in mora* (ou, como mais comumente utilizado pela lei, *risco de ineficácia da medida, fundado receio de dano irreparável, justificado receio de ineficácia* etc).

¹⁵⁷ A expressão “prudente arbítrio” tem sido utilizada inadvertidamente mesmo onde sequer há poder discricionário, como ocorre, *v.g.* nos casos de apreciação de liminares pelo juiz. Não é demais repetir: se presentes estão os requisitos previstos em lei para a concessão de uma liminar, o juiz deve necessariamente concedê-la. Não há discricção entre o conceder e o não conceder. Trata-se de ato vinculado a pressupostos específicos cuja presença poderá conduzir a uma única solução. Como bem anota Luiz Orione Neto, “... a dificuldade na concessão de uma liminar e a prudência que deve existir na prática deste ato não transforma a tarefa interpretativa de um conceito vago num poder discricionário, em que várias soluções são válidas. Aqui só vale uma: a melhor. Portanto, o juiz não tem, segundo nosso entendimento, a

limites e ao controle de sua legitimidade, mormente quanto a eventual abuso de poder ou desvio da finalidade objetivada pela lei.

A propósito, como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁵⁸, “... não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro”.

Rigorosamente, parece-nos correto afirmar que inexistente no novo Código Civil, assim como em todo o sistema jurídico, norma aberta que confira poder ao juiz para agir de maneira arbitrária. A função do juiz no novo Código Civil, embora muito mais flexibilizada com a introdução de diversas normas abertas, não se compadece com o arbítrio.

A liberdade que o novo Código Civil confere ao juiz na aplicação de determinadas normas, como ocorre, *v.g.* em relação aos artigos 21, 29, 252, §§3º. e 4º., 413, 928, par. único, etc, não pode ser confundida com o arbítrio. Decidir segundo juízos de oportunidade, como o permitem as *normas de tipo aberto em sentido lato*, não significa em absoluto que o juiz está livre para adotar a solução que bem quiser. Sua decisão há de basear-se, necessariamente, em concepções éticas e morais vigentes, as quais

discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há, nestes casos, aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador da norma agir ou omitir, tomar ou não tomar uma medida. Em suma, se os pressupostos legais estiverem presentes, o juiz tem a obrigação de conceder a liminar, bem como a obrigação de indeferi-la se os pressupostos estiverem ausentes” (*Tratado das liminares*, p. 376).

¹⁵⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 761.

refletem os valores e princípios albergados pela sociedade na qual o próprio juiz acha-se inserido.

Como anota Karl Engisch¹⁵⁹, em relação às normas que delegam ao juiz um poder-dever para agir com discricionariedade, “... não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supra legais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exactamente a decisão material, mas em todo caso lhe dão um quadro lógico de suporte”.

A delegação que a lei faz ao juiz para que atue segundo juízos de oportunidade, aí incluídos os casos em que a lei lhe permite criar a norma de decisão *por* equidade, encontra limites no próprio sistema jurídico, o que por si só evidencia a inexistência daquela liberdade característica do arbítrio.

¹⁵⁹ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 248-249.

10. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto no Novo Código Civil.

Embora correndo o risco de sermos acusados de *conservadorismo*¹⁶⁰, tentaremos sistematizar alguns critérios e/ou parâmetros que nos parecem fundamentais para a concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil, na intenção pura e simples de contribuir, por pouco que seja, para uma *argumentação* jurídica que conduza a soluções mais uniformes e um tanto quanto mais previsíveis.

Ressalte-se, mais uma vez, que a idéia de *previsibilidade* está atrelada a uma das *funções* mais importantes, senão a mais importante, do Direito que é a *segurança jurídica*. Também não se deve confundir a noção de *segurança jurídica*, por nós desenvolvida ao longo deste trabalho, com a idéia de preservação do *status quo* ou da ideologia da classe detentora do poder político e/ou econômico. A concepção de *segurança jurídica*, como tentativa de trazer um mínimo de *previsibilidade* na concreção judicial das normas abertas, tem em vista até mesmo preservar a credibilidade do Judiciário, do qual se esperam decisões uniformes e, na medida do possível, menos *subjetivas e arbitrárias*.

Humberto Theodoro Júnior, em artigo intitulado “*O juiz e a revelação do direito in concreto*”, citado por Teresa Arruda Alvim

¹⁶⁰ Como o faz Manuel Atienza ao criticar a teoria de Perelman sobre a *nova retórica*: “... quando se trata de tomar posições diante de casos difíceis (jurídicos ou não), Perelman não pode proporcionar critérios adequados, uma vez que, no fundo, ele carece de uma noção consistente do que seja decisão racional (ou razoável); mas, por outro lado, na medida em que oferece algum critério, este tem uma conotação inequivocamente conservadora” (*As razões do direito*, p. 121).

Wambier¹⁶¹, traz interessante reflexão. Procuraremos transcrever trechos que encerram precisamente o que ora estamos a abordar:

“O aprimoramento dos sistemas jurídicos do Estado Democrático de Direito, embora repila a jurisdição como fria operação de reproduzir a literalidade da lei abstrata, não convive também com uma justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador. Se isto pode funcionar na maestria de um juiz de extremada sensibilidade, apresenta-se, todavia, como sério risco de arbitrariedade e insegurança diante do comum dos julgadores. Daí a inclinação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados.

Assim, a atividade do juiz não pode se centrar na sua própria ideologia, na sua própria concepção de vida, nas suas crenças pessoais. Seu dever é, segundo Benjamin Cardoso, ‘conformar aos *standards* aceitos da comunidade os *mores* da época’. E esses parâmetros servem, não para criar, para o caso concreto, norma diferente da que se encontra abstratamente contida na lei, mas para buscar, dentro do ordenamento jurídico, e graças à técnica interpretativa, ‘a *regra aplicável* a uma situação concreta’”.

Válida, portanto, qualquer tentativa de sistematizar critérios ou parâmetros que possam auxiliar os operadores do direito

¹⁶¹ *Controle das decisões judiciais*, pp. 120-121.

na tarefa de interpretar e aplicar concretamente “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” ou mesmo na concreção judicial das normas que conferem discricionariedade ao juiz na sua aplicação.

No decorrer deste trabalho, tivemos a oportunidade de ressaltar, por várias vezes, que na concreção judicial¹⁶² de normas abertas, caracterizadas por *termos vagos* ou *indeterminados* e na aplicação de *normas de tipo aberto em sentido lato*, caracterizadas por juízos de oportunidade, inexistente plena liberdade judicial. O sistema jurídico como um todo contém *standards* e *princípios gerais de direito* que orientam esse poder-dever exercido pelo juiz, a fim de encontrar-se o resultado que melhor resolva o conflito submetido à apreciação judicial.

Partindo da classificação que fizemos no capítulo 6, procuraremos estabelecer alguns critérios segundo esteja o juiz diante de uma *norma de tipo aberto caracterizada por vagueza comum*; *norma de tipo aberto caracterizada por vagueza socialmente típica*; *norma de tipo aberto em sentido lato*, aqui incluídas *as que conferem liberdade ao juiz para decidir segundo um juízo de oportunidade* e *as que conferem liberdade ao juiz para decidir por equidade*.

10.1. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por *vagueza comum*: as regras de experiência

Já vimos que as normas de tipo aberto caracterizadas por *vagueza comum* são aquelas que utilizam termos vagos cujo

¹⁶² Entenda-se: na *interpretação-integrativa* e na *aplicação*.

preenchimento se faz a partir de *regras de experiência*. Assim, por exemplo, as normas previstas nos artigos 87¹⁶³, 138¹⁶⁴, 157¹⁶⁵, 317¹⁶⁶, 478¹⁶⁷ do Código Civil.

Os critérios ou parâmetros para a colmatação, interpretação, subsunção e posterior aplicação de tais normas são as próprias *regras de experiência* extraídas do raciocínio indutivo. Neste, como já ressaltado, o juiz parte de noções sobre uma série de acontecimentos semelhantes para chegar à conclusão de que, se as coisas costumam apresentar-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.

Tem inteira aplicação aqui o art. 335 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Esse dispositivo, embora inserido no capítulo que trata das provas no processo civil, constitui também norma de

¹⁶³ “Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, *diminuição considerável de valor*, ou prejuízo do uso a que se destinam”.

¹⁶⁴ “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por *pessoa de diligência normal*, em face das circunstâncias do negócio”.

¹⁶⁵ “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob *premente necessidade*, ou por *inexperiência*, se obriga a prestação *manifestamente desproporcional* ao valor da prestação oposta.

§1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido *suplemento suficiente*, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

¹⁶⁶ “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier *desproporção manifesta* entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, *poderá o juiz corrigi-lo*, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

¹⁶⁷ “Nos contratos de execução continuada, se a prestação de uma das partes se tornar *excessivamente onerosa*, com *extrema vantagem* para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

teoria geral do direito, com particular incidência no campo da *interpretação*¹⁶⁸. Tem, pois, como observa Barbosa Moreira, dupla função, inconfundíveis entre si: no campo probatório representa instrumento da *apuração dos fatos*; no âmbito do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados constitui instrumento da *subsunção*, isto é, da operação pela qual os fatos apurados recebem, mediante o confronto com o modelo legal, a devida qualificação jurídica.

Com efeito, ao aplicar *in concreto* uma norma portadora de *vagueza comum*, o juiz procede, primeiramente, ao preenchimento do termo vago. Utiliza o raciocínio indutivo, ao mesmo tempo em que vai subsumindo o caso concreto à norma já colmatada até fixar a *norma de decisão*.

Barbosa Moreira, em interessante exemplo relativo à norma aberta, caracterizada por *vagueza comum*, prevista no Código Civil de 1916, bem demonstra esse processo subsuntivo:

“Consoante o artigo 1.527, no. I, do Código Civil, o dono do animal responde pelo dano que este cause, salvo se provar que o guardava e vigiava ‘*com o cuidado preciso*’. Pois bem: Caio propõe ação contra Tício, para exigir ressarcimento de dano causado pelo cão pertencente ao réu.

Das duas testemunhas ouvidas, uma declara que Tício

¹⁶⁸ É o que anota Napoleão Nunes Maia Filho: “... embora situado no capítulo que rege a atividade probatória, o art. 335 do CPC não tem a sua aplicabilidade esgotada ou circunscrita, como num círculo de ferro, à apuração dos fatos controvertidos no processo ou à valoração da sua prova, sem embargo da relevância de que se reveste nessa importante fase processual, mas espraia-se, sem dúvida alguma, por toda a extensão da cognição judicial, indicando soluções para os casos de incidência de juízos de valor, de presunção e de descoberta do sentido de expressões vagas, ...” (*As regras da experiência comum na formação da convicção do juiz*, Revista Dialética de Direito Processual, 17/59-75 – grifos no original).

mantinha o cão preso por forte corrente, jamais rompida; outra diz que, em ocasião anterior, vira romper-se a corrente a um puxão mais violento do animal. A primeira testemunha é empregado de Tício, que receia ser despedido; a segunda é um vizinho que nada teme. Assim se poderiam registrar, em clave dedutivística, três raciocínios feitos pelo juiz:

a) a testemunha independente é mais veraz; ora, a testemunha independente afirmou que a corrente, certa vez, se rompeu; logo, o rompimento deve ser admitido como verdadeiro;

b) o que uma vez acontece, em igualdade de circunstâncias, pode acontecer de novo; ora, a corrente já se romperá; logo, era suscetível de romper-se novamente;

c) manter um cão preso por meio de corrente suscetível de romper-se não é guardá-lo e vigiá-lo ‘com cuidado preciso’; ora, Tício mantinha o cão preso por meio de corrente suscetível de romper-se; logo, não o guardava e vigiava ‘com cuidado preciso’.

Nos três silogismos aparecem regras de experiência. Com base na primeira (‘a testemunha independente é mais veraz’), o juiz valora a prova e considera verdadeiro fato do anterior rompimento (indício); com apoio na segunda (‘o que uma vez acontece, em igualdade de circunstâncias, pode acontecer de novo’), passa do indício à presunção da possibilidade de novo rompimento; com arrimo na terceira (‘manter um cão preso por meio de corrente suscetível de romper-se não é guardá-lo e vigiá-lo com cuidado preciso’), nega o enquadramento do fato na hipótese legal de exclusão

da responsabilidade do dono. Em *a* e *b* têm-se exemplos da atuação de regras de experiência no terreno probatório, ajudando o juiz a estabelecer os fatos relevantes para a solução do litígio; em *c*, a regra de experiência serve para delimitar (na hipótese, por *exclusão*) o conceito juridicamente indeterminado de ‘cuidado preciso’. Mas tanto em *a* e em *b* quanto em *c*, a regra de experiência constitui a premissa maior do silogismo: eis aí o denominador comum aos três casos”.

Do exemplo acima citado, como em todos os casos em que a norma aberta faz referência a termos vagos caracterizados por *vagueza comum*, percebe-se que ela traz em si um *standard* ao qual o juiz está adstrito. Não irá, pois, o juiz considerar, no exemplo citado pelo preclaro jurista carioca, qualquer tipo de “cuidado” como suficiente para afastar a responsabilidade civil do dono do animal, mas apenas o “cuidado preciso”. Trata-se, todavia, de *termo vago* que isoladamente nada diz. A indeterminação do *termo vago* apenas começa a ingressar na zona de certeza ou de determinação dos conceitos jurídicos quando confrontada com as *regras de experiência*, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Por outras palavras, através do *raciocínio indutivo* é que o juiz poderá verificar o que efetivamente constitui “*cuidado preciso*”.

Fora de dúvida, portanto, que as premissas estabelecidas por meio das *regras de experiência* passam a integrar a norma de tipo aberto caracterizada por *vagueza comum*, afastando sua zona de incerteza e permitindo a adequada *subsunção* do fato ao modelo legal agora colmatado e definido.

Note-se que a análise de situações reiteradas que conduzem à conclusão de que, se as coisas costumam apresentar-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro (raciocínio indutivo), é de natureza objetiva. Logo, o uso das *regras de experiência* não comporta soluções diversas, ao sabor do órgão julgador, mas apenas a única correta e verdadeira.

Analisemos, agora, o art. 50 do Código Civil, que assim dispõe: “Em caso de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo *desvio de finalidade*, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Como é sabido, esse dispositivo legal trata da desconsideração da pessoa jurídica, teoria originária do direito anglo-saxão (*disregard of legal entity*). Segundo tal teoria, constatando-se a existência de fraude ou abuso de direito, o juiz desconsidera episodicamente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para responsabilizar o patrimônio do sócio ou de pessoa jurídica coligada.

Como os casos de fraude ou abuso de direito variam e se refinam cada vez mais para dar aparência de legitimidade ao ato, impossibilitando ao legislador prever casuisticamente todos eles, optou a lei por utilizar os termos vagos *abuso da personalidade jurídica* e *desvio de finalidade*, para que possa o juiz, caso a caso, valendo-se das *regras de experiência*, verificar concretamente eventual existência de fraude ou abuso de direito e a

necessidade e adequação da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Sabendo-se que o objetivo da norma em questão é exatamente coibir a *fraude* e o *abuso de direito* em prejuízo de terceiros, constituem estes exatamente os *standards* que o juiz observará na colmatação dos termos vagos previstos no art. 50 do Código Civil.

Tomemos o exemplo hipotético citado por Fábio Ulhoa Coelho¹⁶⁹:

“... *Benedito* e *Carlos*, únicos sócios de uma sociedade anônima dedicada ao ramo de mudanças. Os negócios prosperam, mas um motorista empregado da sociedade, conduzindo caminhão com uma importante mudança, provoca sério acidente de trânsito, com diversas vítimas e danos de monta. Em decorrência, a sociedade está respondendo a processo de indenização que, julgado procedente, implicará a condenação da pessoa jurídica em valores expressivos, sendo provável a sua falência. *Benedito* e *Carlos* decidem, então, constituir uma nova sociedade de mudança, do tipo limitada, com sede em endereço diferente, funcionários próprios, novas instalações e novos veículos. Não investem mais na primeira sociedade, deixam de renovar-lhe a frota, abandonam projetos de qualificação de pessoal, não gastam com publicidade, e, aos poucos, seus clientes são conquistados pela segunda, em cuja empresa os dois estão empregando o melhor de seus esforços. Quando a condenação judicial, em decorrência do acidente, transita em julgado e é executada, a companhia devedora não possui mais movimento econômico ou bens suficientes para responder pelo devido”.

¹⁶⁹ *Curso de direito comercial*, vol. 2., p. 33.

Diante de tais circunstâncias, e tendo como norte os *standards* acima mencionados, o juiz poderá, valendo-se das *regras de experiência*, estabelecer as seguintes premissas:

1^a.) os sócios que abandonam os negócios societários, levando a empresa à insolvência, para frustrar futura execução de sentença condenatória, cometem fraude e *desvio de finalidade*, incidindo em *abuso da personalidade jurídica*;

2^a.) a constituição de nova sociedade entre os mesmos sócios e ramo de negócio, na pendência de lide capaz de reduzir a pessoa jurídica anterior à insolvência, evidencia a pretensão de fraudar credor.

Logo, à luz das provas que demonstram a ocorrência das situações narradas, o juiz procederá à *subsunção* do fato à norma aberta então colmatada pelas regras de experiência e *desconsiderará* a pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade anônima por *Benedito e Carlos*, para buscar a responsabilidade patrimonial dos sócios ou da nova sociedade.

Mais uma vez, denota-se que as regras de experiência ingressam no tipo normativo aberto, afastando sua zona de indeterminação para definir o *modelo legal* ao qual se subsumirão os fatos provados nos autos. Portanto, as regras de experiência constituem instrumento de concretização da norma de tipo aberto, configurando-se *quaestio iuris* impugnável inclusive pela via dos recursos extraordinários.

Como anota Barbosa Moreira¹⁷⁰, “... sempre que o órgão judicial, invocando regra de experiência, afirma ou nega a possibilidade de enquadrar na moldura abstrata a situação concreta que se lhe depara, está *interpretando* a norma, na medida em que lhe precisa o sentido. Aí é que, em perspectiva tradicional, se tornaria menos difícil sustentar a afinidade, senão a equiparação, entre o emprego da regra de experiência e a aplicação da própria norma legal...”.

De fato, a colmatação dos termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos constitui uma forma de *interpretação integrativa*, na qual o juiz, utilizando-se das regras de experiência, primeiramente *integra* a norma jurídica para, em seguida, *interpretá-la* à luz dos fatos que se lhe apresentam. No mesmo momento, procede à *subsunção* e à *aplicação* de norma integrada ao caso concreto. Seria, em outras palavras, uma forma diferente ou mais complexa de *interpretação*, na qual a *integração* funcionaria como pressuposto para a *interpretação-subsunção*.

De se ressaltar, consoante já sustentamos anteriormente (Capítulo 6), que *integração*, *interpretação* e *subsunção*, embora sejam fenômenos que possam ser estudados e analisados individualmente, constituem elementos indissociáveis do processo destinado à aplicação das normas abertas.

¹⁷⁰ *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, pp. 618-619.

10.2. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por *vagueza socialmente típica*: a axiologia, os *standards* e os princípios gerais de direito.

Dificuldade maior se apresenta quando estamos diante de *norma de tipo aberto caracterizada por vagueza socialmente típica*. Já vimos que nesta o juiz, para proceder à *interpretação-integrativa dos termos vagos* nela constantes, deve recorrer à axiologia, isto é, ao estudo dos *valores* incorporados no ambiente social ou na cultura local.

Verificamos, ainda, que o *preenchimento* (= *integração*) de um *termo vago* sujeito à análise axiológica não é ato discricionário e muito menos arbitrário. A propósito, como temos sustentado neste trabalho, a existência de diversos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” na atual codificação civil brasileira não importa em concessão de poder discricionário ao juiz. *Discricionariedade*, não é demais ressaltar, só tem lugar onde norma jurídica válida expressamente confira ao juiz tal poder.

Em interessante análise sobre o assunto Barbosa Moreira¹⁷¹ ressalta que a *discricionariedade* e o *conceito jurídico indeterminado* têm em comum o fato de que em ambos é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. Distinguem-se, no entanto, quanto aos elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o *fato* (*Tatbestand, fattispecie*) e o *efeito jurídico* atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a

¹⁷¹ Idem, pp. 612-613.

descrição do *fato*, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos *efeitos*.

Afastada a idéia de discricionariedade na concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por *termos vagos ou indeterminados*, forçoso se faz seu enquadramento no fenômeno da *subsunção*¹⁷².

Não se olvida das enormes dificuldades em estabelecer um grau de lógica e segurança quando lidamos com *valores*. No entanto, eles gozam de relativo grau de estabilidade e certeza que permitem fixar alguns critérios objetivos a serem seguidos pelo juiz.

O primeiro deles, e que nos parece decisivo na correta fixação dos termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos existentes no novo Código Civil, reside na verificação pelo juiz acerca das *concepções éticas e morais* que imperam no ambiente social em que vive.

É que, como anota Engisch¹⁷³, “O órgão aplicador do Direito tem de ‘averiguar’ quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir”.

¹⁷² Subsunção não se confunde com a interpretação. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “A primeira diz respeito a fatos – se são ou não os descritos na norma jurídica. Já a interpretação tem por objeto o sentido e alcance da norma. São operações mentais distintas, embora entrecruzem: ao interpretar, por qualquer método, a lei, o exegeta tem já fatos recortados em sua mente; por outro lado, não é possível subsumirem-se fatos a qualquer norma sem ter já alguma intelecção do sentido e alcance dela. Embora não se desligue uma operação da outra, são conceitualmente distintas a interpretação (da norma) e a subsunção (de fatos à norma)” (*Curso de direito civil*, vol. 1, p. 124).

¹⁷³ *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 236, 239-240.

De fato, na concreção judicial de uma norma aberta caracterizada por *vagueza socialmente típica* o que menos importa, embora legítima, é a valoração pessoal do julgador. Os *valores*, como já visto, gozam de atributos próprios que permitem ao julgador estabelecer com certo grau de objetividade a qual deles deve *preferir*, segundo a *graduação hierárquica* que a sociedade e o momento histórico estabelecem e exigem. A *escolha* (que não significa *discriminação*) por um *valor* que não corresponde às concepções éticas e morais vigentes em determinada sociedade e momento histórico vicia na origem a *interpretação-integrativa* e conduz, muitas vezes, a resultados equivocados¹⁷⁴.

Canaris, observando o sistema como *ordem de valores*, anota que, em última análise, cada ordem jurídica se baseia em alguns valores superiores cuja proteção ela serve¹⁷⁵. Esses valores funcionam como *vetores* ao juiz e, antes até, ao próprio legislador.

Quando, *v.g.*, estabelece a lei que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato” (art.

¹⁷⁴ Essa, a propósito, tem sido a maior crítica feita pela doutrina sobre a teoria da argumentação *tópica*. Nesta, inexistente hierarquia entre os *topoi*, o que leva o intérprete, por vezes, a ter de utilizar *tópicos* diferentes, conduzindo, conseqüentemente, a resultados diferentes, em prejuízo da segurança jurídica. Como aduz Manuel Atienza, “A tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito (por exemplo, um *topos* como ‘o insuportável não é de direito’ é demasiadamente genérico para ser aplicável, sem outros critérios, à resolução de um problema concreto) (cf. Alexy, 1978, págs. 40-1). Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles. E, definitivamente, não proporciona uma resposta – nem sequer o começo de uma resposta – para a questão central da metodologia jurídica, que não é outra senão a da racionalidade da decisão jurídica” (*As razões do direito*, p. 75).

¹⁷⁵ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 86.

421/CC), temos aí uma *norma de tipo aberto* cuja *vagueza socialmente típica* do termo *função social* deve ser preenchida segundo as valorações éticas e morais vigentes.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁷⁶, citando Antônio Junqueira de Azevedo, ressalta que “... a determinação constitucional do valor social da livre iniciativa ‘impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa””. E, mais adiante, conclui: “... a função social do contrato corresponde, hoje, a uma nova compreensão do instituto, a que atinentes novos ou relidos princípios e voltado, é certo, a possibilitar a circulação econômica mas, com efeito, de modo a, mais que garantir, promover mesmo valores constitucionais reputados fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social”¹⁷⁷.

Com efeito, para que o intérprete possa proceder à *interpretação-integrativa* do que seja *função social do contrato*, expressão que reclama análise axiológica em consonância com as concepções éticas e morais vigentes, deverá ter em vista, portanto, os *valores da dignidade da pessoa humana* e do *solidarismo social*, incorporados pela Constituição Federal como *princípios fundamentais* da República Federativa do Brasil (arts. 1º. e 3º. da CF) e, mais especificamente, como *princípios gerais da atividade econômica* (art. 170 da CF). Por força de tais princípios que estatuem diretrizes à *função social*

¹⁷⁶ *Função social do contrato*, p. 132.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 181.

do contrato, é necessário reconhecer a mitigação dos princípios da *liberdade de contratar* e da *relatividade*, típicos do Estado Liberal.

Fixados os *valores* dominantes na atual realidade brasileira, nitidamente influenciada pelos ideários de um Estado Social intervencionista, restará ao juiz verificar se a situação contratual que se lhe apresenta *subsume-se* ou não no *modelo legal* estatuído no art. 421 do Código Civil. Em outras palavras, se o contrato em análise cumpre ou não sua *função social*, para, em seguida (e ao mesmo tempo), proceder à *aplicação* da norma então integrada.

Assim, num contrato de distribuição, a *função social* é constituída pela própria distribuição das mercadorias, cujos valores ou princípios fundamentais da atividade econômica é a circulação de riquezas e o acesso dos consumidores em geral aos bens de consumo. A liberdade dos contratantes, produtor, distribuidor, representante comercial etc. é, pois, exercida *nos limites da função social do contrato*, tendo em conta os *princípios* mencionados.

Outro exemplo de norma de tipo aberto portadora de *termo vago*, caracterizada por vagueza socialmente típica, é o art. 422 do Código Civil, que assim dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de *probidade* e *boa-fé*”. Esse dispositivo legal adotou o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

De início, importa salientar que o art. 422 do Código Civil disse menos do que efetivamente queria dizer. É que a *boa-fé*

objetiva que se exige nas relações contratuais tem aplicação não apenas na conclusão e na execução do contrato, mas também na fase pré-contratual, isto é, na *formação* do contrato, através dos chamados *deveres anexos*, a saber, o *dever de informar*, o *dever de cuidado* e o *dever de cooperar*, com particular incidência na *proposta* (art. 427 do CC) e na *oferta* (art. 429 do CC).

Constituem, pois, a *probidade* e a *boa-fé standards* que o juiz deve observar ao analisar as relações contratuais submetidas à sua apreciação, em consonância com as *concepções éticas e morais* vigentes em dado tempo (momento histórico) e espaço (determinado local).

Judith Martins-Costa¹⁷⁸, citando Cláudio Luzzati, anota que os casos de emprego legislativo de expressões programaticamente vagas são “verificáveis quando algum termo, ‘segundo uma certa interpretação, exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos *não são sequer determináveis senão através da referência aos variáveis parâmetros de juízo e às mutáveis tipologias da moral social e do costume*’. O critério para a aplicação das normas vagas nesta acepção será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado. Não se trata, aqui, de utilizar as ‘regras comuns de experiência’ (CPC, art. 335), mas de utilizar valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume)”.

¹⁷⁸ *A boa-fé no direito privado*, p. 313.

O preenchimento e a aplicação *in concreto* dos termos vagos *probidade* e *boa-fé*, constantes no art. 422 do Código Civil, requerem análise axiológica que, na atualidade, envia o juiz para a exigência de *etização* das relações contratuais. Esta exerce, ao mesmo tempo, uma função de controle (estabelece limite à liberdade de contratar) e de correção (impõe a observância dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social).

Se um dos contratantes é induzido pelas circunstâncias do negócio a realizar consideráveis investimentos objetivando firmar um contrato de franquia que, em seguida, não se concretiza por desinteresse do franqueador, que incentivara o pretense franqueado a promover os referidos investimentos, dúvida não resta quanto à violação ao princípio da boa-fé objetiva. Enseja-se, então, a obrigação de celebrar o negócio compulsoriamente ou reparar os danos sofridos. Em tal caso, o princípio da liberdade de contratar é mitigado devido aos princípios da *probidade* e da *boa-fé*, previstos no art. 422 do Código Civil. Seu preenchimento e aplicação *in concreto* pelo juiz se fazem tendo em vista a exigência de *etização* das relações contratuais. Seria, por assim dizer, uma espécie de *limite negativo* à liberdade de contratar, imposto pelo novo Código Civil, cujo escopo são as concepções éticas e morais do *solidarismo social* e da *dignidade da pessoa humana* no seu aspecto mais amplo.

Em outro exemplo de aplicação da *boa-fé objetiva*, Judith Martins-Costa¹⁷⁹ cita decisão do OAG-Lübeck de 14 de maio de 1850, em que um dos contratantes, acionado para pagar o valor das mercadorias encomendadas e entregues, apresentou contestação alegando vícios nas coisas

¹⁷⁹ Idem, p. 210.

vendidas e, por isso, queria devolvê-las. “O Tribunal entendeu que o destinatário das mercadorias, quando, por qualquer razão, não quisesse aceitá-las, devia comunicar o fato o quanto antes ao vendedor, embora não existisse para tanto uma regra legal ou costumeira, sendo apenas ‘uma conseqüência da *bona fides* e da diligência que as partes se devem mutuamente no tráfego comercial’. Trata-se, pois, da sanção ao uso inadmissível da posição jurídica, então não contemplada em nenhuma outra regra”.

Esse exemplo, bastante ilustrativo, tem inteira aplicação nos dias atuais, sendo comuns na praxe forense, situações como esta. Com efeito, pelo princípio da *boa-fé objetiva*, não é admissível que um dos contratantes recuse o cumprimento de sua obrigação de pagar pelas mercadorias que encomendou e recebeu somente quando cobrado judicialmente. Ainda que verdadeira a alegação do comprador quanto à existência de vício nas mercadorias entregues, deverá honrar com o pagamento do preço entabulado, pleiteando posteriormente, em ação própria, eventual ressarcimento pelos danos sofridos. Nesse caso, o *standard* a ser observado pelo juiz na colmatação e aplicação dos termos vagos *probidade* e *boa-fé*, constantes no art. 422 do Código Civil, é novamente a exigência de *etização* das relações contratuais, que *in casu* se traduz no dever de comunicação imediata acerca de eventuais vícios das mercadorias entregues.

Veja-se que o Código Civil não descreve os casos de *boa-fé objetiva*. Delega ao juiz o poder de *colmatar* e *aplicar* o referido *termo vago* de acordo com a relação contratual em exame, sob o influxo axiológico das concepções éticas e morais vigentes em dado momento histórico e local.

Judith Martins-Costa¹⁸⁰, distinguindo o termo vago *boa-fé* previsto no art. 51 do CDC do previsto no então projeto do que é hoje o art. 422 do Código Civil, anota que “No primeiro caso (CDC) está posta a hipótese legal da nulificação de cláusula contratual, por ato judicial. No caso concreto, o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem para si como ‘incompatibilidade com a boa-fé’, tarefa eminentemente hermenêutica. Essa valoração determinará a sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente de aplicar a norma, havendo como consequência jurídica a nulidade da disposição contratual. A solução não é, pois, criada pelo juiz, já estando pré-configurada na lei: o que ocorre é, tão-somente, um preenchimento do significado do conceito de ‘boa-fé’ pelo julgador.

No segundo caso, o Código Civil italiano e o Projeto de Código Civil brasileiro, ao determinar que o contrato deve ser executado de boa-fé, consignam, na verdade, *cláusula geral de execução contratual*. Trata-se de cláusula geral porque, estando vagamente posta a *fattispecie*, toda a amplíssima gama dos *efeitos* decorrentes de contrato que não foi executado em boa-fé será *criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz, sempre à vista do caso concreto*. A regra não define a noção de boa-fé, não determina as condições em que um contrato é executado em boa-fé, qual a extensão desse dever, nem as consequências da sua infração. Evidentemente, aí se tem não apenas um único efeito (a nulificação do contrato), mas todo um *potencial domínio de casos* e suas consequências compreendidas pela cláusula. Assim, a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas

¹⁸⁰ *A boa-fé no direito privado*, pp. 348 e segs.

pela doutrina, e criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez que um contrato não for executado em acordo à boa-fé (*concreção judicial*)”.

Embora discordemos da distinção feita entre *cláusula geral e conceito jurídico indeterminado*, porquanto entendemos que neste, nem sempre, o juiz “se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente)”¹⁸¹, é certo que a *boa-fé*, em qualquer das acepções em que inserido na norma de tipo aberto, envia o juiz a valores inseridos na sociedade em que vive, de molde a permitir a fixação de critérios objetivos na *interpretação-integrativa*. Por outras palavras, e parafraseando Judith Martins-Costa, a *boa-fé* é criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz à vista do caso concreto, mas sempre tendo por norte as concepções éticas e morais vigentes na sociedade em determinado momento histórico.

Em outro dispositivo legal, que talvez seja um dos mais revolucionários da nova legislação no campo da responsabilidade civil, estabelece o Código Civil que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, *ou quando a*

¹⁸¹ Basta ver que existem normas de tipo aberto em sentido lato que contêm *termos vagos ou indeterminados* cujos efeitos não são predeterminados pela lei, mas definidos pelo juiz, por meio de *juízos de oportunidade* (discricionariedade), após a colmatação dos *termos vagos*. É o que ocorre, *v.g.*, no art. 21 do Código Civil que prevê, *in verbis*: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, *adotará as providências necessárias* para impedir ou fazer cessar *ato contrário* a esta norma”. Note-se que o preenchimento do “conceito jurídico indeterminado” *ato contrário* à inviolabilidade da vida privada não basta para aplicar-se a consequência jurídica, pois não está predeterminada em lei. Mister se faz, pois, que o juiz, também aqui, concorra ativamente para a formulação da norma, fixando, segundo sua *discrção*, *as providências necessárias* para impedir ou fazer cessar a violação à vida privada. Idem quanto ao art. 1.715, par. único, do Código Civil, em que o preenchimento do “conceito jurídico indeterminado” *motivos relevantes* não conduz à consequência jurídica alguma. A consequência neste caso, ou seja, a solução quanto ao destino do saldo resultante da excussão do bem de família é determinada pelo juiz.

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, par. único, CC, grifos nossos).

Evidencia-se aqui, mais uma vez, um rompimento com o tradicional sistema normativo anterior, no qual a responsabilidade civil objetiva somente poderia decorrer de expressa *previsão legal* ou da natureza da atividade definida *por lei* como de risco ou perigosa. Pelo sistema atual, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves¹⁸², “Poderão os juízes considerar determinada atividade como perigosa, mesmo que não exista lei especial que assim considere e responsabilize objetivamente o agente”.

Essa sistemática representa uma grande evolução em matéria de responsabilidade civil objetiva, porquanto possibilita ao juiz verificar *in concreto*, atento aos avanços tecnológicos e científicos, a efetiva existência de *atividade de risco*. O que hoje é considerado atividade inofensiva, sem qualquer *risco para os direitos de outrem*, pode muito bem, diante de novas descobertas tecnológicas e científicas, ser tido no futuro como atividade de risco.

Do dispositivo legal em comento observa-se, pois, a existência de termos vagos cujo preenchimento se faz por meio da integração judicial. Destarte, para apurar se há ou não *atividade de risco*, deverá o juiz verificar, pela natureza da atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, se a vítima estava, de certa forma, exposta a algum tipo de perigo real ou abstrato à sua saúde ou à sua integridade física. Nesse aspecto, tem importância capital, como diretriz na interpretação integrativa do termo vago *atividade de*

¹⁸² *Direito civil brasileiro*, p. 463.

risco, o *princípio da precaução*¹⁸³. Logo, a mera suspeita de que a atividade desenvolvida pelo autor do dano expõe a vida, a saúde, a segurança ou a integridade física da vítima a risco real ou abstrato é o suficiente para caracterizar a responsabilidade objetiva decorrente da *natureza da atividade*.

Assim, se a vítima sofrera danos à sua saúde ou integridade física e esses danos têm relação com uma atividade que, em tese, pode oferecer risco às pessoas, ainda que potencial, impõe-se o reconhecimento da existência de *atividade de risco* para fins de caracterização da responsabilidade civil objetiva, por força do *princípio da precaução*.

Analisando o *princípio da precaução* no âmbito do Direito ambiental, Cristiane Derani¹⁸⁴ traz lição que tem inteira aplicação *in casu*: “Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. *Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade*” (grifos nossos).

De fato, na colmatação do termo vago *atividade de risco* deve-se levar em conta não apenas a existência de *risco atual* como

¹⁸³ Tal princípio acha-se até mesmo arraigado no seio popular, através da máxima de que “é melhor prevenir do que remediar”.

¹⁸⁴ *Direito ambiental econômico*, p. 171.

também de *risco futuro* ou *potencial* a que a vítima esteja exposta. A mera ocorrência de perigo abstrato, ainda que não comprovado de forma cabal pela ciência ou pelos meios tecnológicos então disponíveis, não é óbice a que se reconheça a existência de *atividade de risco* geradora de responsabilidade civil objetiva. Entra aqui também, como diretriz ao aplicador da norma prevista no art. 927, par. único, do Código Civil, o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Logo, qualquer indício, apontado pelos mais variados meios de prova existentes no sistema processual, de que a vida, a segurança ou a saúde humana estão em perigo é o bastante para caracterizar determinada atividade como de risco.

Exemplo atual de atividade *potencialmente perigosa* ou *de risco* é o da operação de antenas de celular. Estudos recentes têm demonstrado, embora sem comprovação efetiva, que a radiação produzida por elas pode oferecer risco à saúde das pessoas. Se for proposta ação objetivando responsabilizar determinada empresa de telefonia móvel celular devido a danos que a vítima afirma ter sofrido em decorrência da referida atividade, pelos *princípios da precaução* e da *dignidade da pessoa humana*, que funcionam *in casu* como diretrizes na interpretação-integrativa, o juiz poderá considerar a operação de antenas de celular como *atividade de risco*, para fins de caracterização da responsabilidade civil objetiva.

Ao assegurar a plena indenizabilidade à vítima, em face da existência, ainda que *potencial* ou *futura*, de *atividade de risco*, nada mais faz o juiz senão tutelar os valores fundamentais da pessoa humana, mesmo que, pelo evento, nenhuma culpa se possa imputar ao autor do dano. Este apenas se isentará da responsabilidade civil objetiva se não for provada a ocorrência de atividade potencialmente perigosa.

Perfeitamente possível, destarte, que a inicial da ação indenizatória se fundamente tanto na responsabilidade civil aquiliana quanto na objetiva. Aquela fundada na culpa e esta na existência de *atividade de risco*, cuja demonstração, a teor do disposto no art. 927, par. único, do Código Civil, poderá ser feita no curso do processo.

10.3. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto *em sentido lato*: a discricionariedade judicial

Também na aplicação das normas de tipo aberto em sentido lato, cuja aplicação se faz a partir de *juízos de oportunidade*, o juiz está adstrito a *standards e princípios gerais de direito*. Estes devem ser buscados, em regra, no próprio sistema jurídico, objetivando encontrar a solução que *melhor se afeioe à finalidade da norma*. Embora inexista um *suposto normativo* ou um *modelo legal* em que o juiz possa se basear para aplicar *in concreto* uma norma aberta pautada por juízos de oportunidade, a liberdade que ele possui para criar a *norma de decisão* não significa indiferença diante das soluções comportadas pela norma.

Como já tivemos a oportunidade de salientar, com espeque na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸⁵, “se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da

¹⁸⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 752 (os grifos são do original).

regra em cujo nome é praticado o ato. Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção *não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação*. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos”.

Por isso, os *standards* ou *princípios jurídicos* que orientam o juiz na aplicação das normas abertas em sentido lato também variam de acordo com a situação concreta que se lhe apresenta, sendo impossível fixá-los *a priori*. Tem importante papel aqui a argumentação *Tópica*¹⁸⁶, que consiste num processo do raciocínio jurídico que obedece a um esquema de exemplos, de um raciocínio caso a caso, do particular para o particular.

Como ensina Manuel Atienza, “a tónica toma como ponto de partida não um *primum verum*, e sim o verossímil, o sentido comum, e o desenvolve mediante um tecido de silogismos e não mediante longas deduções em cadeia”. Trata-se, pois, de uma técnica de pensar

¹⁸⁶ A tónica constitui, com efeito, uma parte da retórica, isto é, de uma disciplina que teve grande importância na Antiguidade e na Idade Média e inclusive depois, até a época do racionalismo. Na realidade, os precursores do raciocínio tónico foram Aristóteles e Cícero. Aristóteles desenvolveu em uma das suas obras que compunham o *Organon* os argumentos da dialética, dos quais se ocupam os retóricos e os sofistas. Cícero tentou formular e aplicar um inventário de tónicos, isto é, de *lugares-comuns*, de pontos de vista com aceitação generalizada e aplicáveis universalmente, ou num determinado ramo do saber. A tónica surge precisamente no campo da invenção, da obtenção de argumentos; e argumento é, para Cícero, uma razão que serve para convencer de uma coisa duvidosa (*rationem quae rei dubiae faciat fidem*); os argumentos estão contidos nos lugares ou *loci* – os *topoi* gregos -, que são, portanto, sedes ou depósitos de argumentos; a tónica seria a arte de achar argumentos” (*As razões do direito*, pp. 63-65). No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz: “Na verdade, o nome tónica vem de Aristóteles, mas o assunto já existia, e era um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, que apareceu em diferentes exercícios da retórica, com o nome de *euresis*, *inventio*, *ars inveniendi* etc. Como tal, a tónica prevaleceu durante a Idade Média por meio das chamadas *artes liberales*, com parte essencial das três primeiras delas, que constituíam o *trivium* (Gramática, Retórica, Dialética), perdendo significado, posteriormente, com a institucionalização e supremacia do *more geométrico* no conhecimento moderno” (*Introdução ao estudo do direito*, p. 322).

problemas, procurando desvendar caminhos e apontar possibilidades. A discussão revela-se, nesse sentido, como uma instância de controle das próprias premissas que serão admitidas ou rechaçadas. Se o problema fundamenta a discussão, a discussão confere ao problema significação e seriedade.

Sabendo-se que os *standards*, aqui denominados de *topoi* (= *lugares-comuns*), variam caso a caso e não sendo possível uma escolha prévia sobre qual deve nortear *in concreto* a decisão, há de se testar concretamente os valores ou princípios em tese aplicáveis ao problema apresentado para, em seguida, examinar as premissas construídas e identificar a que conduz à *melhor* solução para o caso concreto.

Obviamente, terá o juiz de estabelecer *preferências* quanto aos valores ou princípios em questão. Isso pressupõe a *hierarquização* destes, segundo as concepções éticas e morais vigentes em dado momento histórico e local, o que não se resolve apenas com o auxílio da *Tópica*¹⁸⁷. Faz-se mister, pois, conjugarmos a teoria da argumentação tópica com o método axiomático-dedutivo, que consiste em partir de uma série de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência¹⁸⁸.

Cabe neste momento salientar que os *standards* não se resumem à noção de “fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e

¹⁸⁷ Como assevera Manuel Atienza, a *Tópica* limita-se a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles (*As razões do direito*, p. 75). Na obra, o autor chega até mesmo a ironizar a teoria dizendo ser “bastante provável que o estilo ou o método do pensamento jurídico não tenha sido nunca puramente tópico, como quer que se entenda essa expressão” (p. 77).

¹⁸⁸ *Idem*, p. 68.

ambíguos”, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz¹⁸⁹, como se dá com as cláusulas gerais. Podem eles estar implícitos na *finalidade da norma*. Logo, nas normas que conferem ao juiz o poder de aplicá-las segundo juízos de oportunidade existem, no mais das vezes, *standards implícitos*, que podemos chamar de padrões de conduta (ou *lugares-comuns*), os quais se identificam com a finalidade objetivada pela norma.

Assim, por exemplo, quando o art. 252, §§3º. e 4º., do novo Código Civil confere ao juiz o poder discricionário de *especificar* o objeto da obrigação – quando não há acordo entre os optantes ou quando o terceiro não quer ou não pode exercer a opção, não havendo acordo entre o credor e o devedor -, implícitos estão os *standards* do *legítimo interesse das partes contratantes*, do *adequado escopo contratual*, da *função social do contrato* etc. Esses *standards*, encontráveis no próprio sistema jurídico, permitirão ao juiz decidir pela *melhor escolha* quanto ao objeto da obrigação alternativa. Tal opção não é aleatória, mas está animada pela *finalidade da norma*, qual seja, encontrar aquela que melhor atenda ao interesse das partes, ao escopo e à função social do contrato.

Fosse o intuito da lei que o juiz especificasse livremente o objeto da obrigação, sem vincular-se a qualquer parâmetro ou critério, não teria delegado a ele tal tarefa, bastando dizer que, na hipótese versada, se deveria proceder a sorteio.

Em relação aos *princípios gerais de direito*, que também orientam o juiz na aplicação das normas de tipo aberto em sentido lato, deve ser anotado que, por se tratarem de *exigências de otimização* ou de *vetores*

¹⁸⁹ *Introdução ao estudo do direito*, p. 243.

de sentido jurídico com *status* conceitual e positivo de norma de direito¹⁹⁰, está o intérprete igualmente adstrito à sua observância, independente de estarem ou não positivados em alguma regra jurídica. A propósito, não é a circunstância de um princípio não estar previsto ou incorporado numa norma de direito positivo que ele deixa de sê-lo como tal. Os princípios podem estar incorporados a uma norma jurídica posta (regra jurídica) sem que essa circunstância lhes retire o caráter de preceito fundamental, superior à própria regra jurídica positivada.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁹¹, apoiada em Juan Monroy Gálvez, aduz, no ponto, que “... os princípios evitam o subjetivismo e a arbitrariedade das decisões judiciais: não, é claro, quando comparados à função jurisdicional atrelada à *letra* da lei, mas quando opção preferível às decisões judiciais tomadas com base no subjetivismo absoluto, movido por paixões pessoais: ‘Os princípios realizam um extraordinário trabalho de cobertura das situações-limite, para as quais o direito, surpreendido pela realidade, não apresenta uma solução coerente. Assim, têm função de importância transcendental para o juiz, que aplica criativamente as categorias jurídicas, promovendo a vigência do sistema jurídico. O juiz precisa ter ferramentas jurídicas para julgar, já que não pode deixar de decidir. Os princípios, neste contexto, funcionam como ‘organismo respiratório do sistema’. Sua função integradora e enriquecedora do sistema jurídico ficaria debilitada se se exigisse que, para serem reconhecidos, fossem os princípios formalizados ou

¹⁹⁰ *Norma* é gênero do qual são espécies a *regra*, o *princípio* e o *valor* (García de Enterría, Pietro Sanchis, Manuel Aragon). Por outras palavras, é o que Bonavides sabiamente denominou de *tríade normativa*: regra, princípio e valor – nova hermenêutica na idade do pós-positivismo (*Curso de direito constitucional*, pp. 255-256). Distinguindo *valor* de *princípio*, Manuel Aragon afirma que, enquanto o *valor* tem eficácia interpretativa, isto é, o juiz pode (aliás, deve) dele se utilizar para interpretar as normas jurídicas, o *princípio* tem eficácia interpretativa e projeção normativa (conforme Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, p. 60).

¹⁹¹ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 106.

positivados, de modo expresse. Podem ser *extralegais*, mas não são, por isso, *extrajurídicos*. Desempenham papel de imensa relevância, pois representam boa parte da *pauta objetiva* que orienta o juiz na função de interpretar as normas, integrar o sistema e ‘criar’ direito”.

Positivados ou não em alguma *regra jurídica*, os princípios constituem diretrizes fundamentais que minimizam a subjetividade do julgador, propiciando mais segurança na determinação da *norma de decisão*.

Quanto às diferenças qualitativas entre *princípio* e *regra*, Canotilho¹⁹² assevera que elas se traduziriam, fundamentalmente, em quatro aspectos.

1) Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se.

2) Os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), conforme o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se uma regra *vale* (tem validade), deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

¹⁹² *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1035-1036.

3) Em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standards* que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea das regras contraditórias.

4) Os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas, devem ser alteradas).

Pode-se dizer, pois, com absoluta segurança, que na atual fase, que se convencionou chamar de *pós-positivismo*, os princípios jurídicos conquistaram “a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”¹⁹³. Portanto, ao lado dos *standards*, constituem *vetores de sentido jurídico* aos quais o juiz está vinculado na aplicação das normas abertas marcadas por juízos de oportunidade previstas no novo Código Civil.

Analisemos o art. 1.010, §2º., do Código Civil:

“Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§1º. *omissis*.

§2º. Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, *decidirá o juiz*”.

¹⁹³ Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, p. 64.

Note-se que, também aqui, a lei confere ao juiz *discricionariiedade* para decidir sobre os negócios da sociedade, quando houver empate na deliberação tomada pelos sócios. Trata-se de *norma de tipo aberto em sentido lato* cuja aplicação remete o juiz a *princípios gerais de direito* que nortearão a solução que *melhor* se afeição à *finalidade da norma* em questão.

Obviamente, não quer a lei qualquer solução para resolver o impasse gerado com a deliberação tomada pelos sócios. Ao delegar ao juiz *discricionariiedade* para decidir sobre os rumos dos negócios societários, pretendeu a lei que se buscasse a *melhor* solução comportada no caso concreto e não somente uma solução *lotérica*. Se assim o fosse, teria a lei estabelecido expressamente que, em caso de empate em relação às deliberações dos sócios, se procederia ao sorteio.

O fato de a lei delegar ao juiz a solução, sem estabelecer critérios ou parâmetros prévios de atuação, não significa, em absoluto, que estes inexistam. Em verdade, a dinâmica das relações societárias e a infinidade de questões daí advindas impedem o legislador de traçar parâmetros ou critérios que possam ser aplicados de forma geral e abstrata a todos os casos. Daí o uso considerável, no novo Código Civil, de normas abertas pautadas por *juízos de oportunidade*, que demonstram a confiança do legislador no órgão julgador. Este, indubitavelmente, está muito mais preparado para resolver conflitos dessa ordem, sob o influxo de *princípios gerais* que variam de acordo com o caso concreto.

Se, por exemplo, há divergência entre os sócios sobre a mudança da sede da empresa, e havendo empate entre eles sobre tal circunstância, deverá o juiz, uma vez provocado, decidir qual a *melhor* solução

para a empresa: a permanência no mesmo local, porque ali os negócios prosperam em face da tradição consolidada ao longo do tempo, ou a mudança para que a empresa possa melhor atender a clientela, expandindo os negócios comerciais. Seja como for, a decisão deverá pautar-se pelos princípios da *livre iniciativa*, da *livre concorrência*, da *defesa do consumidor*, da *busca do pleno emprego*, da *fomentação de riquezas* etc.

Não há, como se vê, plena liberdade do juiz para decidir como bem lhe aprouver. Sua decisão deve pautar-se por *standards* e *princípios gerais de direito* que permitem encontrar a solução que melhor se afeiçoa à *finalidade da norma*.

Há casos em que os *standards* estão na própria norma aberta, como prevê o art. 724 do Código Civil. O dispositivo confere ao juiz o poder de fixar *discricionariamente* a remuneração do corretor, quando não prevista em lei ou no contrato de corretagem firmado entre as partes, segundo a *natureza do negócio* e os *usos locais*. Tais *standards* servem de diretriz ao juiz para fixar a remuneração do corretor. Assim, *v.g.*, sendo praxe em determinada localidade a fixação no percentual de 3% para a remuneração dos corretores, não pode o juiz arbitrar aleatoriamente em 7%. Da análise das provas produzidas nos autos é que o juiz terá elementos para colmatar os *standards* relativos à *natureza do negócio* e aos *usos locais* e então decidir, segundo juízo de oportunidade, qual é a comissão *adequada* ao caso concreto.

10.3.1. Critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto *em sentido lato*: a equidade na acepção estrita.

Deixamos evidenciado linhas atrás que, em nosso entendimento, as normas que conferem ao juiz o poder de decidir *por* equidade pertencem à mesma categoria das normas de tipo aberto em sentido lato caracterizadas por juízos de oportunidade (Capítulo VI.3.1.). A equidade, vista em sua acepção *estrita*, isto é, como ideal de justiça enquanto *aplicado*, é também uma forma de exercício de poder discricionário judicial. Está sujeita a critérios ou parâmetros que permitem ao juiz encontrar a *melhor* solução.

Não se trata, portanto, de juízo arbitrário, livre de qualquer parâmetro ou critério. Como bem assinala Maria Helena Diniz, “A equidade confere, pode-se assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, equitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular ou omissa”¹⁹⁴.

Como poder discricionário que é, também na decisão *por* equidade deve-se investigar a *finalidade da norma*, em consonância com os *standards* e *princípios gerais de direito*. O sentimento pessoal de justiça do aplicador, destituído dos padrões de comportamento ético e moral vigentes ou dos princípios jurídicos que orientam a adequada aplicação da norma aberta caracterizada por juízos de equidade, aqui não interessa.

¹⁹⁴ *As lacunas no direito*, p. 265.

Quando o legislador concede ao juiz o poder de agir *por* equidade, destitui-se do hercúleo e utópico desejo de regular em abstrato as soluções adequadas para resolver o conflito. No entanto, como temos insistentemente ressaltado, não significa indiferença às escolhas adotadas. A equidade abre um leque de opções ao juiz para decidir segundo o ideal de justiça distributiva. Isso, porém, não se confunde com o arbítrio.

Na verdade, quando a lei confere ao juiz o poder discricionário para decidir *por* equidade é porque, em decorrência de fatores e circunstâncias somente apreciáveis *in concreto*, a solução judicial, por certo, seria a que melhor atenderia à *finalidade* objetivada pela lei que é, em última análise, o *justo concreto*.

Tércio Sampaio Ferraz¹⁹⁵ ensina que na equidade há o “sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão *juízo por equidade*. (...) Em todo caso, o juízo equitativo, de um lado, apesar das considerações dos efeitos presumíveis, é sempre um juízo jungido ao particular, sem preocupações generalizantes. Não gera, assim, uma compulsão para que outros casos, semelhantes, sejam interpretados e decididos do mesmo modo. Por isso, não é, propriamente, fonte do direito, mas meio de integração. De outro lado, porém, pela consideração dos efeitos presumíveis, também não aparece como arbitrário,

¹⁹⁵ *Introdução ao estudo do direito*, p. 300.

mas sim representando o sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica”.

Esse “sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica” a equidade é obtida através da observância pelo juiz de *standards* e *princípios gerais de direito* que, no mais das vezes, são encontrados no próprio sistema jurídico. Não se descarta, porém, a possibilidade de se buscarem *princípios* ou *standards* extra-sistemáticos ou metajurídicos, o que, a propósito, é até mesmo comum quando se decide *por* equidade.

Analisemos alguns artigos do novo Código Civil para melhor compreendermos de que forma tais critérios ou parâmetros podem ser aplicados *in concreto*.

O art. 928 do Código Civil dispõe que “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”. Na seqüência, estabelece o parágrafo único que “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser *equitativa*, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

O princípio que anima essa norma aberta caracterizada por um juízo de oportunidade (equidade = discricionariedade), e que serve como diretriz para identificar a *finalidade da norma* em questão, sem dúvida é o da *dignidade da pessoa humana*. Deve, portanto, o juiz, ao fixar o *quantum* da indenização, levar em consideração a *finalidade* de preservar o necessário à subsistência do incapaz ou de quem dele dependa.

Como já salientado no capítulo 6.3.1, a norma em questão prevê uma espécie de equidade *vinculada*. O juiz não está inteiramente livre para fixar a indenização segundo suas concepções pessoais de justiça no caso concreto, mas adstrito ao *princípio da dignidade da pessoa humana*. A aplicação desse princípio *in casu* tem até mesmo uma eficácia negativa. Impede, por exemplo, que o juiz decida que em determinado caso, se deve indenizar integralmente a vítima, em prejuízo à subsistência do incapaz causador do dano, por entender que a ressarcibilidade (dever de indenizar) é mais importante que a preservação do patrimônio do incapaz.

Em outro dispositivo que também autoriza o juiz a agir por equidade, prevê o Código Civil, no art. 738, que “A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço”. E o parágrafo único prevê: “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá *equitativamente* a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.

De início, registre-se que a transgressão de normas e instruções regulamentares fixadas pelo transportador não constitui culpa exclusiva da vítima e, conseqüentemente, não exclui o dever de indenizar. Pelo novo regime instituído pelo Código Civil de 2002, em relação ao transporte de pessoas, a transgressão pela vítima de norma ou instrução estabelecidas pelo

transportador enseja, quando muito, a redução da indenização correspondente¹⁹⁶. Também não está mais o transportador, em tais casos, obrigado a reparar integralmente o dano.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁹⁷ aduz, com base no citado dispositivo legal, que “não poderão mais os tribunais condenar as empresas de transporte a pagar indenização integral às vítimas de acidentes, em casos de culpa concorrente desta, como vem ocorrendo nas hipóteses de passageiros que viajam dependurados nas portas dos veículos, que permanecem abertas, caracterizando a culpa do passageiro e também do transportador, por não prestar o serviço com a segurança que dele legitimamente se espera, obrigando as pessoas que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas, e por não vigiar para que tal não se verifique”.

Ao que nos interessa neste estudo, verifica-se que a indenização a ser fixada pelo juiz em favor da vítima não está atrelada necessariamente à extensão do dano, como prevê o art. 944 do Código Civil¹⁹⁸. Havendo culpa da vítima, caracterizada *in casu* pela não observância de normas ou instruções estabelecidas pelo transportador, o juiz fixará a indenização de forma *equitativa*, tendo em conta a *gravidade da culpa*. Este, pois, o *standard* a ser observado pelo juiz na fixação da indenização.

¹⁹⁶ Impróprio falar-se aqui em *culpa concorrente*, pois a responsabilidade do transportador é *objetiva*. Logo, não há porque se perquirir sobre culpa do transportador. Na realidade, o novo Código Civil trouxe uma causa de redução da indenização devida em razão da responsabilidade objetiva: a culpa da vítima, que não é exclusiva, decorrente da transgressão de normas ou instruções regulamentares determinadas pelo transportador.

¹⁹⁷ *Direito civil brasileiro*, p. 463.

¹⁹⁸ O que não significa que não seja limitada por ele. Tanto o art. 738, parágrafo único, quanto o art. 944, parágrafo único, do Código Civil possibilitam ao juiz a *redução equitativa* da indenização abaixo do valor do dano, e não a sua majoração além dele.

Assim, se a vítima, em virtude de sua rudeza ou ignorância, for incapaz de conhecer plenamente as normas ou instruções estabelecidas pelo transportador, poderá o juiz considerar tal circunstância como *culpa leve* e fixar a indenização próxima ao valor do dano. Por outro lado, se a vítima obrou com *culpa grave*, ignorando norma ou instrução básica, que qualquer pessoa com um mínimo de instrução ou de bom senso é capaz de conhecê-la, obviamente fixará o juiz indenização próxima do mínimo. Contudo não poderá excluí-la por completo, pois a “transgressão de normas e instruções regulamentares”, pelo atual regime do Código Civil, não constitui culpa exclusiva da vítima.

Seja como for, é certo que na aplicação das normas de tipo aberto caracterizadas por equidade não campeia o arbítrio. As escolhas que a lei defere ao juiz na aplicação da equidade não são indiferentes para a lei. Quer esta, sempre, que o aplicador busque a *melhor* solução identificada na *finalidade da norma*, o que pode ser alcançado pela observância de *standards* ou *princípios gerais de direito* encontráveis, como regra, no próprio sistema jurídico.

11 – A aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por *vagueza socialmente típica* e por *juízos de oportunidade*.

Robert Alexy¹⁹⁹, em interessante trabalho no qual aborda os vícios no exercício do poder discricionário, ressalta, com propriedade, que o princípio da proporcionalidade, na qualidade de “regra diretriz abarcadora de toda a atuação estatal”, conforme formulação do Tribunal Constitucional Alemão, não deve ser observado somente na atuação discricionária, mas também na concretização de conceitos jurídicos vagos ou, de outro modo, indeterminados. “Uma concretização de um conceito jurídico indeterminado, que pondera, ao fim e ao cabo, falsamente as finalidades ou princípios que devem ser considerados é do mesmo modo antijurídico como uma decisão discricionária que padece desse vício”.

O princípio da proporcionalidade funciona, pois, como *critério* na concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no Código Civil, em especial daquelas cujos termos são caracterizados por vagueza socialmente típica e daquelas que conferem discricção ao juiz para aplicá-las segundo juízos de oportunidade.

Trata-se de *princípio metodológico* cuja utilização ganha contornos especiais quando há conflitos de valores ou de princípios na aplicação das normas abertas.

¹⁹⁹ *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 40.

Como anota precisamente Teresa Arruda Alvim Wambier, “Princípios jurídicos *incorporam valores*. Como pode haver colisão entre valores, pode, correlatamente, haver colisão entre princípios, que deve ser ‘resolvida’ em face do caso concreto”²⁰⁰.

Veja-se que, na interpretação-integrativa das normas abertas acima referidas, o juiz está adstrito a valores e princípios gerais de direito os quais nem sempre ele consegue eleger com facilidade. Situações existem em que, ao *interpretar* e *aplicar* as normas abertas, o juiz se defronta com valores e princípios antinômicos cuja solução requer a utilização de um *método* próprio que permita a adequada eleição do valor ou princípio que deve prevalecer *in concreto*. A esse método a doutrina dá o nome de *princípio da proporcionalidade*.

Trata-se, pois, de princípio de caráter formal que funciona como um *método* para lidar com valores ou princípios *materiais* em conflito. Isoladamente, ele nada significa, não tem autonomia própria, nem conteúdo material. Os princípios, normalmente, apresentam por trás de si valores que lhes dão sentido, adquirindo, pois, validade jurídica objetiva. O princípio da proporcionalidade, por outro lado, não alberga nenhum *valor* com sentido *vetorial* ou *vinculativo*, a não ser na sua acepção mais ampla, isto é, como *razoabilidade*²⁰¹, tal como conhecido pelo direito anglo-saxão.

²⁰⁰ *Controle das decisões judiciais*, p. 80.

²⁰¹ O princípio da razoabilidade ostenta como valor fundamental o *bom-senso*, no sentido de aplicação correta da razão para julgar ou raciocinar em cada caso particular da vida. Tem notável incidência na aplicação e gradação de penalidades, na fixação de indenização por dano moral, o que nem sempre significa *proporcionalizar* valores em conflito.

Como aduz Willis Santiago Guerra Filho²⁰², “É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, visto que pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando à medida que se acata prioritariamente um e se desatende o mínimo possível o outro princípio. Esse papel cai-lhe muito bem pela circunstância de se tratar de um princípio extremamente formal e, à diferença dos demais, não haver outro que seja seu oposto, que vigore em um ordenamento jurídico digno desse nome”.

Esse *método* expressa-se no que o referido autor denomina de “tríplice manifestação do mandamento da proporcionalidade”, ou seja, a *adequação* (*Geeignetheit*), a *necessidade* ou *exigibilidade* (*Erforderlichkeit*) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit i. e S.*).

Há *adequação* quando se emprega a medida adequada ao fim almejado pela lei. Devem, pois, os critérios (meios) utilizados pelo juiz na interpretação e aplicação das normas abertas ser *adequados à finalidade da norma*, isto é, ao resultado desejado. Se a adoção de um determinado critério não conduzir ao resultado desejado pela norma aberta não é ele *adequado*. Inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei.

Deve, ainda, ser observado o pressuposto da *necessidade* ou *exigibilidade*. Esta, como anota Willis Santiago Guerra Filho, costuma ser associada à busca do “meio mais suave” entre vários possíveis, para atingir o fim buscado. Se existe possibilidade da adoção de dois ou mais

²⁰² *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*, p. 90.

critérios para chegar-se a um resultado que possa trazer conseqüências (desejadas pela lei) restritivas ou danosas, deve o aplicador optar pelo meio ou critério que produza o resultado menos danoso ou restritivo. A medida adotada, portanto, há de ser *necessária* ao fim objetivado pela norma. Quando o juiz restringe uma determinada situação jurídica além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérflua, há igualmente violação ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, também se exige a observância da *proporcionalidade em sentido estrito*. Significa que deve haver correspondência entre o meio e o fim, o que requer a análise de como se estabeleceu a relação entre um e outro.

11.1. Aplicação do princípio da proporcionalidade na concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados

Ressalte-se que na interpretação e aplicação das normas abertas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados de conceitos jurídicos inexistente *discricionabilidade judicial*, já que se trata de processo subsuntivo no qual o juiz está adstrito a regras de interpretação que devem conduzir, na medida do possível, a um único resultado. Entretanto é certo que, por vezes, ao preencher um “conceito jurídico vago ou indeterminado”, o juiz tem de eleger certos valores ou princípios que conflitam com outros cuja adoção poderia levar a resultado diverso. Surge, pois, o problema de se saber qual dos valores ou princípios em conflito deve prevalecer em face de determinado caso concreto.

Já tivemos a oportunidade de salientar que a função dos termos vagos ou indeterminados nos conceitos jurídicos é exatamente a de permitir a flexibilização da interpretação e da aplicação da norma de acordo com o caso concreto. Não se quer, evidentemente, uma única solução para todos os casos que reclamam a aplicação de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”.

A concreção judicial realizada a partir de uma norma jurídica portadora de termos vagos ou indeterminados varia de acordo com a situação fática apresentada. Aliás, se assim não fosse, não haveria necessidade de a norma conter, em seus conceitos jurídicos qualquer tipo de vagueza ou indeterminação. Bastaria ao legislador determiná-los de forma precisa.

Essa possibilidade de adotar soluções diversas para casos diversos resulta, por vezes, da eleição de *valores* ou *princípios*²⁰³ que valem para uma dada situação, mas não para outra. Trata-se de operação de escolha do valor ou do princípio orientador (que não se confunde com

²⁰³ Canaris adverte que “... a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica*. Assim, por exemplo, por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si ainda não compreende qualquer indicação sobre as consequências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para regulação autônoma e privada das suas relações com os outros. O princípio ocupa, pois, justamente o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração”. (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, pp. 86-87. Os grifos são do original)

discrecionalidade) aplicável no caso concreto, de acordo com as concepções éticas e morais vigentes.

Pode ocorrer, entretanto, que o juiz se encontre diante de um “conceito jurídico vago ou indeterminado” para cuja concreção concorram dois ou mais princípios ou valores em tese aplicáveis ao caso concreto.

Quando o conflito é entre *valores*, a questão se resolve pela eleição do valor hierarquicamente mais importante no caso concreto, em consonância com as concepções éticas e morais vigentes.

Como ensina Maria Helena Diniz²⁰⁴, “Os valores jurídicos são constituídos pelas valorações reais vigentes numa sociedade, num momento determinado; não são, portanto, valores ideais. Realmente, a norma jurídica, como coloca de maneira escorreita Miguel Reale, ‘não pode ser pensada como um inventário de atos passados: a sua destinação é reger atos futuros, o que demonstra não poder ser estudada segundo os padrões das ciências naturais. Não disciplina, por outro lado, os fatos futuros como um esquema: ela não pode deixar de sofrer o impacto de novos e imprevistos eventos e valores, cuja superveniência implica uma nova compreensão normativa’.

Como o tipo civil é um modelo jurídico aberto, não há necessidade da constatação de sua correspondência exata ao caso concreto. Esse modelo prospectivo, que enseja desenvolvimento aberto do direito, contém notas consideradas típicas na qualificação tipológica, que podem

²⁰⁴ *As lacunas no direito*, p. 77.

faltar ou aparecer limitadas no caso concreto, mas isso em nada impede que se reconheça o caso em foco como pertencente a tal modelo (ou tipo); apenas se pode coordená-lo ao tipo, demonstrando-se que corresponde mais ou menos a ele. O tipo aberto é graduável e contém limites fluidos, uma vez que seu repertório pode sofrer acréscimos de acordo com os valores a que serve o modelo jurídico”.

Como os valores se apresentam ao espírito humano como um leque de múltiplas opções, impõe-se a organização de uma ordem de preferência, de uma graduação hierárquica entre eles.

Os *valores*, como ressaltado alhures, gozam de atributos próprios que permitem ao julgador estabelecer, com certo grau de objetividade, a qual deles deve *preferir*, segundo a *graduação hierárquica* que a sociedade e o momento histórico estabelecem e exigem²⁰⁵. Situações existem, entretanto, em que dois ou mais valores são, em tese e no plano abstrato, igualmente aplicáveis em dada situação, não sendo possível, num primeiro momento, estabelecer a qual deles se deve dar preferência.

Tem, pois, aplicação nesta situação o princípio da proporcionalidade aliado ao método axiológico²⁰⁶, através dos quais o juiz irá

²⁰⁵ Como anota Engisch, “O órgão aplicador do Direito tem de ‘averiguar’ quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir”. (*Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 236, 239-240)

²⁰⁶ Ricaséns Siches, ao tratar do método axiológico, aduz no ponto: “Lo que el juez hace ordinariamente, y eso es lo que debe hacer, consiste en investigar cuáles son los criterios jerárquicos de valor sobre los cuales está fundado y por los cuales está inspirado el orden jurídico positivo, y servirse de ellos para resolver el caso sometido a su jurisdicción” (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 235)

realizar o balanceamento dos valores em conflito e escolher aquele que seja hierarquicamente mais relevante no caso concreto.

Não sem razão, outrossim, Larenz assevera que “... ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso”²⁰⁷.

Estabelecer, pois, fórmulas para a solução de eventuais conflitos de valores passa, necessariamente, pela tentativa de se determinar uma hierarquia entre eles, o que só é aferível casuisticamente. Por essa razão é que, como anota Gilmar Mendes Ferreira²⁰⁸, analisando a questão sob o prisma dos direitos fundamentais, “uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos”.

Günter Dürig, no entanto, citado por Gilmar Mendes²⁰⁹ Ferreira, propõe a seguinte fórmula geral de ponderação de valores em conflito: “valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geht vor Sachgutwert*)”.

Não obstante concordemos com a fórmula proposta por Günter Dürig, a única com razoável grau de objetividade, é certo que qualquer tentativa de sistematização hierárquico-axiológica esbarra na própria natureza dinâmica dos valores, os quais variam não apenas em razão de

²⁰⁷ *Metodologia da ciência do direito*, p. 575.

²⁰⁸ *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 283.

²⁰⁹ *Idem*.

determinado momento histórico e cultural, mas também por força de circunstâncias somente aferíveis caso a caso.

A fórmula proposta igualmente não resolve situações de conflito entre valores fundamentais da pessoa humana, ou entre valores de índole material. Ademais, não raro existem situações de conflito em que certo valor, embora não relativo à pessoa, em razão de sua vinculação a um interesse público, acaba por prevalecer sobre outro inerente à pessoa.

Essas breves reflexões nos permitem concluir que, embora os valores possam estar sujeitos a uma hierarquia axiológica em caso de conflito, esta somente é aferível *in concreto*, à luz do princípio da proporcionalidade, e tendo em conta as concepções éticas e morais vigentes em determinada cultura e momento histórico.

Há, por outro lado, situações de conflito de *princípios*, que Canotilho denomina *fenômenos de tensão*. Tais *fenômenos* são de certa forma até comuns se considerarmos que os princípios resultam de idéias, aspirações e interesses os quais muitas vezes são substancialmente diversos.

A eleição de certos princípios em dado momento político, histórico e cultural não exclui, a existência de outros que, diante de uma determinada situação concreta, sejam hierarquicamente mais importantes e, por essa razão, devam prevalecer. Por isso é que a doutrina tem realçado a proibição de aniquilamento total de um dos princípios em conflito, já que eles não obedecem à lógica do “tudo ou nada”.

Como bem anota Teresa Arruda Alvim Wambier²¹⁰, “um princípio não deve ter sua existência posta em dúvida só porque não se aplica a determinada situação concreta. Em virtude das peculiaridades de uma dada situação, pode ocorrer a incidência de um e o afastamento de outro. O comum, pois, é que o choque de princípios se manifeste em situações concretas, não ficando, em tese, comprometido aquele que não foi aplicado”.

Canotilho²¹¹, analisando as antinomias e tensões entre os princípios constitucionais, salienta que “A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso”.

Exatamente aí é que ingressa o princípio da proporcionalidade como um método que permite ao juiz eleger um entre os princípios conflitantes, sem que, no entanto, seja(m) o(s) outro(s) totalmente aniquilado(s).

Exemplo eloqüente em que ocorre essa colisão de princípios se dá com a definição *in concreto* da *função social da propriedade* (art. 1.228, §§1º. e 4º., do Código Civil).

²¹⁰ *Controle das decisões judiciais*, p. 80.

²¹¹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1056.

Ao definir o termo vago *função social* e impor limitações ao direito de propriedade, há o intérprete de observar o princípio da proporcionalidade. Logo, deverá concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da propriedade privada e, de outro, no princípio da função social. Esses dois elementos, que estão numa relação dialética, não podem ser eliminados por completo.

Destarte, ao interpretar o termo *função social da propriedade*, não pode o juiz restringir o direito de propriedade a ponto de aniquilá-lo.

Em interessante análise da aplicação do princípio da proporcionalidade na definição pelo legislador das limitações ao direito de propriedade, fundadas na função social – e que se aplica plenamente ao nosso estudo-, Gilmar Mendes Ferreira²¹² aduz, no ponto, que: “A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que, embora não *aberto*, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.

²¹² *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 218.

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia constitucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* conferidas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais”.

E, mais adiante, arremata: “Vê-se, pois, que o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o *núcleo essencial (Wesensgehalt)* do direito, constituído pela *utilidade privada* e, fundamentalmente, pelo poder de disposição. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade”.

Ao legislador é defeso impor restrições desproporcionais ao direito de propriedade, fundadas na *função social*. Da mesma forma, na interpretação e aplicação das normas portadoras dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” relativos à *função social da propriedade*, impõe-se ao juiz a observância do princípio da proporcionalidade, de modo a que não aniquile o núcleo essencial da propriedade, mas também não se esvazie de conteúdo e de eficácia a função social da propriedade desejada

pela Constituição. Em síntese, a interpretação e a aplicação das restrições legais à propriedade fundadas na *função social* igualmente devem ser adequadas, necessárias e proporcionais.

Assim, *v.g.*, na interpretação e aplicação dos termos vagos constantes do art. 1.228, §4º, do Código Civil, em especial do que sejam “obras e serviços de *interesse social e econômico relevante*”, deve o juiz observar o princípio da proporcionalidade, de forma a que as restrições impostas ao direito de propriedade sejam adequadas, necessárias e proporcionais. Como corolário, não pode o juiz, em face das conseqüências advindas do instituto da *alienação forçada* (perda pelo proprietário do próprio domínio sobre o imóvel), considerar toda e qualquer obra como de *interesse social e econômico relevante*. Também não pode fixar a *justa indenização* mencionada no §5º. do art. 1228/CC em valor insignificante, de forma a desconsiderar a adequada indenizabilidade inerente ao núcleo essencial do direito de propriedade.

Em outro exemplo por nós já citado anteriormente evidencia-se a existência de conflito de princípios na integração judicial dos termos vagos *probidade* e *boa-fé*, alçados ao plano de princípios contratuais por força do disposto no art. 422 do Código Civil, em que o juiz é chamado a resolvê-lo à luz do princípio da proporcionalidade. É a hipótese em que um dos contratantes é induzido, pelas circunstâncias do negócio, a realizar consideráveis investimentos com o escopo de firmar um contrato de franquia. Este, em seguida, não se concretiza por desinteresse do franqueador, que incentivara o pretenso franqueado a promover os referidos investimentos.

Pelo princípio da liberdade de contratar, nenhuma obrigação ou responsabilidade teria o franqueador *in casu*. Por outro lado, pelo

princípio da boa-fé objetiva, poder-se-ia cogitar da existência de responsabilidade por danos causados ao franqueado e até de eventual obrigação de celebrar o negócio compulsoriamente.

Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, poderá o juiz proceder à ponderação dos referidos princípios em conflito e interpretar concretamente os “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” da *probidade* e da *boa-fé*, previstos no art. 422 do Código Civil. O objetivo é fazer prevalecer o *princípio da boa-fé objetiva*, tendo por escopo a exigência de *etização* das relações contratuais e as concepções éticas e morais do *solidarismo social* e a *dignidade da pessoa humana* no seu aspecto mais amplo. Em conseqüência, pode impor ao franqueador a responsabilidade pela reparação dos danos causados e, se o caso, a obrigação de celebrar o contrato de franquia compulsoriamente.

Aliás, no atual regime contratual intervencionista, adotado pelo novo Código Civil, não é nenhum paradoxo admitir a existência, em casos excepcionais, de uma *obrigação de contratar*, fundada nos princípios da função social do contrato, da *probidade* e da *boa-fé objetiva*. Tais princípios podem perfeitamente mitigar e limitar a liberdade de contratar.

Denota-se, enfim, que o princípio da proporcionalidade tem papel fundamental na concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados, mormente em caso de conflito de valores ou princípios orientadores da interpretação e aplicação dessas normas.

11.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade na concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato

É exatamente no campo da *discricionariedade* que o princípio da proporcionalidade tem grande significação e relevante aplicação.

Discrição é escolha e escolha pressupõe sempre ponderação. Da mesma forma que do administrador se exige a ponderação de valores e/ou princípios na atuação discricionária, também ao juiz, em relação às normas que lhe permitem agir segundo juízos de oportunidade, ela se impõe. É nessa ponderação que ingressa o princípio da proporcionalidade como importante *critério* para a solução de *fenômenos de colisão*.

É que, não raro, na tentativa de encontrar a solução que *melhor* atenda à finalidade da norma, o intérprete se vê diante de princípios ou valores conflitantes que serviriam de diretriz jurídica na aplicação da norma aberta.

Nesses casos, e com maior razão, impõe-se a ponderação de tais valores ou princípios na tentativa de buscar aquele que efetivamente represente a *melhor* solução para o caso concreto.

Isso ocorre porque, na discricionariedade judicial, se abre ao juiz a possibilidade de escolher uma entre ao menos duas soluções possíveis. Como o Direito não é indiferente a essa escolha, diretrizes são oferecidas ao juiz para que opte pelo *efeito jurídico* (entenda-se: a solução) que *melhor* atenda à *finalidade da norma*. Veja-se que, nos casos de

discricionariedade, o juiz encontra-se diante de um dever jurídico de praticar não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

Trata-se, pois, daquilo que Engisch²¹³ denomina de *discricionariedade vinculada*, entendida “no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o ‘único ajustado’, em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e, particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as ‘circunstâncias do caso concreto’”.

O princípio da proporcionalidade constitui, portanto, importante ferramenta à disposição do intérprete para que encontre, no caso de conflito entre valores ou princípios, ou de conflito entre as próprias finalidades em tese desejadas pela norma, a solução que melhor se ajuste ao caso concreto.

²¹³ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 220.

12. Limites à concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil

Além dos *standards* e dos *princípios gerais de direito*, que funcionam, ao mesmo tempo, como *critérios* e como *limites* na *interpretação e aplicação* das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil, pretendemos aqui evidenciar que nesse processo de concreção judicial, também ingressam como importantes limites os princípios da *legalidade*, da *segurança jurídica* e da *razoabilidade*. Estes acabam por circunscrever o âmbito de validade da *norma de decisão*, legitimando-a perante o sistema jurídico.

É bem verdade que todos esses limites podem perfeitamente ser enquadrados na categoria de *princípios gerais de direito*, conforme já tratamos no capítulo anterior. Nele procuramos ressaltar os princípios com conteúdo material, que servem muito mais de *diretriz* ou *critério* do que propriamente de *limite* na concreção judicial. No presente capítulo buscamos desenvolver a legalidade, a segurança jurídica e a razoabilidade como princípios de conteúdo formal ou metodológico, isto é, como *limites* dentro dos quais a concreção judicial da norma aberta se legitima.

Começemos pela análise do princípio da legalidade.

12.1. O princípio da legalidade

Tem-se afirmado, ao nosso ver de maneira equivocada, que a existência de um sistema permeado por normas abertas

representa uma *subversão à legalidade*, notadamente quanto às normas que permitem ao juiz decidir segundo juízos de oportunidade.

Na verdade, o princípio da legalidade, diante de um sistema de normas abertas, não sofre sequer mitigação. Ao contrário, é até mesmo prestigiado, na medida em que é a *lei, e somente ela*, que atribui ao juiz o poder de colmatar os termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos ou de aplicar normas pautadas por juízos de oportunidade.

Quanto às normas jurídicas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados, é certo que nelas não nos afastamos da *subsunção*, conforme aduzimos nos capítulos 5.1. e 7. Ao subsumir os fatos à norma portadora de “conceitos jurídicos indeterminados”, o julgador exerce *juízo de legalidade*. Não pode, pois, escapar do sentido e do alcance almejados *pela lei*, segundo as valorações éticas e morais vigentes. A respeito, o processo hermenêutico é governado por regras e princípios de direito que fixam marcos jurídicos ao intérprete, impedindo-o de agir arbitrariamente ou mesmo até com discricionariedade.

Como ensina Eros Grau²¹⁴, “a superação da indeterminação (*o preenchimento*) dos ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, das noções) opera-se no campo da interpretação, não no campo da discricionariedade; importa a formulação de *juízo de legalidade*, não de *juízo de oportunidade*”.

²¹⁴ *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 213-214.

É sob o enfoque da *legalidade*, portanto, que o juiz aplica as normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos.

Mesmo em relação às normas que conferem ao juiz o poder de aplicá-las segundo juízos de oportunidade não escapamos da legalidade. Dizer que na aplicação das normas de tipo aberto em sentido lato o juiz decide conforme *juízos de oportunidade*, e não de legalidade, não significa abandono à *legalidade* no sentido que ora estamos a tratar.

É que, como já ressaltamos antes a discricionariedade judicial só tem lugar quando norma jurídica válida (entenda-se: *a lei*) expressamente conferir ao juiz o poder de determinar, entre duas ou mais soluções comportadas pela norma, o *efeito* cabível no caso concreto. Esse poder de *criação* dos *efeitos jurídicos* não predeterminados pela norma não advém, portanto, da indeterminação ou vagueza dos conceitos jurídicos; muito menos da vontade do julgador, mas única e exclusivamente *da lei*.

Na verdade, o que definirá a existência ou não do poder discricionário judicial é *a lei*. Em determinadas hipóteses, na impossibilidade de regular em abstrato a solução legal ou por ser desaconselhável estabelecer previamente a solução, diante das peculiaridades de cada caso, a lei prefere atribuir ao juiz a discricção de optar pela solução que melhor atenda à finalidade almejada pela norma. Logo, apenas poderá o juiz atuar segundo um juízo de oportunidade, na medida em que a lei atribuir a ele tal poder. Sob esse aspecto, não resta a menor dúvida de que, também aqui, funciona o princípio da legalidade como *limite* à concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato.

Defeso ao juiz, dessa forma, exercer juízos de oportunidade fora dos casos autorizados pela lei. Esse é, sem dúvida, um *limite* que funciona como uma espécie de defesa da *legalidade* contra o arbítrio.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁵, “O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso)”.

De outro lado, vinculando-se o juiz à *finalidade da lei* ao exercer juízos de oportunidade na aplicação das normas de tipo aberto em sentido lato, também sob esse aspecto se faz presente o princípio da legalidade como limite à concreção judicial. “O nunca assaz citado Afonso Queiró averbou que ‘o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma’. Daí haver colacionado as seguintes excelentes observações, colhidas em Magalhães Colaço: ‘o espírito da lei, o fim da lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei. (...) Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a

²¹⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 71.

prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la”²¹⁶.

Conforme já vimos, quando a lei expressamente confere ao juiz discricionariedade na aplicação de normas abertas, a decisão deve ser a *melhor*, ou seja, deve representar a solução que melhor satisfaça à *finalidade da norma*. Nesse sentido, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello²¹⁷ que o fato de a lei regular uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, não significa renúncia ao propósito de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade.

Ora, não teria sentido algum que a lei, podendo determinar o resultado que repute *melhor*, tenha optado por conceder ao juiz liberdade para escolher indiferentemente qualquer solução. Se delegou ao juiz discricionariedade para escolher a solução é porque, em decorrência de fatores e circunstâncias somente apreciáveis *in concreto*, a solução judicial, por certo, é a que melhor atende à finalidade objetivada *pela lei*.

Fica claro, destarte, que nos casos de discricionariedade o juiz encontra-se diante de um dever jurídico de praticar não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à *finalidade da lei*. E isso representa, sem dúvida, um *limite* imposto por força do *princípio da legalidade*.

A existência de um sistema de normas abertas não escapa, portanto, da legalidade, mesmo porque atrelado está o juiz à motivação de suas decisões (art. 93, IX, CF). Igualmente, quando a lei lhe possibilita

²¹⁶ *Idem*, p. 77.

²¹⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 32.

determinar os efeitos da norma segundo juízos de oportunidade, é em virtude e em consonância com os seus fins (*da lei*) que assim procede (art. 5º., II, e 37, *caput*, CF).

Teresa Arruda Alvim Wambier²¹⁸ salienta que “... o art. 93, IX, da Constituição Federal vigente deu *status* de garantia constitucional à regra de que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O inciso subsequente (art. 93, X) determina, outrossim, que todas as decisões administrativas dos tribunais devam ser motivadas.

O art. 5º., II, da Constituição Federal consagrou expressamente o princípio da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Estes três dispositivos da Constituição Federal²¹⁹, consagram e viabilizam a aplicação do princípio da legalidade no direito brasileiro vigente.

O juiz está, portanto, vinculado à lei. E há de fundamentar, portanto, todas as suas decisões *na lei*, embora não exclusivamente. Com esta exigência, têm-se:

- a) uma garantia contra o arbítrio;
- b) uma garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (= subjetivismo);
- c) controle do raciocínio do juiz;

²¹⁸ *Controle das decisões judiciais*, pp. 21-22.

²¹⁹ Aos quais acrescentaríamos também o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

d) possibilidade (técnica) de impugnações (pois, na verdade, quando se impugna uma decisão judicial, se atacam diretamente seus fundamentos para, indiretamente, atingir-se a conclusão, *i.e.*, a decisão propriamente dita);

e) maior grau de previsibilidade;

f) aumento da repercussão das normas de direito.

Essa atitude do nosso legislador constitucional evidencia de modo inequívoco que, ainda que se admita tenha o juiz padrões mais flexíveis, quer-se a continuidade do método de que haja PADRÕES para decidir, porque se valoriza a SEGURANÇA e a PREVISIBILIDADE, apesar de todas as dificuldades decorrentes da inegável flexibilização dos padrões que hoje se constata em toda parte”.

Claro, como se vê, que mesmo num sistema de normas abertas, como ocorre no vigente Código Civil, não há como admitir qualquer perspectiva fora da legalidade²²⁰.

12.2. O princípio da segurança jurídica

Uma das *funções* primordiais do Direito é, sem dúvida, a *segurança jurídica*. Trata-se, destarte, de princípio de tal sorte importante que sua abolição poria em risco a própria harmonia social. De nada valeria um sistema positivo de normas se as pessoas não tivessem a segurança (= convicção, certeza) de que as condutas humanas seriam regidas por elas.

²²⁰ É de Eros Grau a assertiva segundo a qual, assim para o direito público como para o direito no seu todo, inexistente qualquer perspectiva fora da legalidade (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 193 e 224.). Para o autor, “As alternativas diante das quais nos colocamos não permitem senão uma opção: a que privilegia o Estado de Direito, em oposição ao privilégio do Estado autoritário (*idem*, p. 169).

A *legalidade* ficaria esvaziada na medida em que os comportamentos humanos, regrados pelas normas de direito, se desvirtuassem de sua finalidade. Não sem razão, portanto, a Constituição Federal colocou o princípio da legalidade entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Ao dizer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, procurou a Carta Magna não apenas instituir uma garantia do cidadão contra o Estado, mas também salientar a *obrigatoriedade* e a *coercibilidade* do Direito, cuja função não é outra senão a de trazer *segurança jurídica* às pessoas. A *segurança* de que se cuida está, pois, traduzida na idéia de *previsibilidade*.

É direito das pessoas conhecer não apenas os *limites* de seus próprios comportamentos, e nessa medida a *legalidade* funcionaria como uma limitação ao princípio da liberdade, mas também os *limites* da atuação do Estado, que não pode agir senão dentro da *legalidade*.

Celso Antônio Bandeira de Mello²²¹, em lição lapidar sobre o princípio da segurança jurídica, ressalta:

“Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual,

²²¹ *Curso de direito administrativo*, pp. 93-94.

bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.

(....)

Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”.

Precisamente sob a ótica da *previsibilidade*, portanto, é que se deve ver a *segurança jurídica*, atrelada que está à própria noção de Estado de Direito. Nesse contexto, representa o princípio da segurança jurídica um importante *limite* à concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato.

A interpretação-integrativa das normas abertas portadoras de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” deve, pois, desaguar na solução que seja previsível, tanto quanto possível. A vagueza dos termos dos conceitos jurídicos não constitui, nessa medida, nenhum óbice à segurança jurídica. Os *standards* e *princípios de direito material* a que o juiz está vinculado conferem conteúdo aos termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos, de molde a tornar o *momento de justiça*, em que é imposta a *norma de decisão*, muito mais previsível.

O mesmo se diga quanto às normas que albergam a chamada *discrecionariade judicial*. A liberdade conferida ao intérprete na interpretação e aplicação das normas de tipo aberto em sentido lato também está limitada pelo princípio da segurança jurídica. A necessidade de escolher a solução que melhor atenda à *finalidade da lei* tem exatamente a função de trazer maior *previsibilidade* na escolha, o que baliza o exercício do poder discricionário do juiz e impede o arbítrio. Essa *finalidade da lei*, buscada na concreção judicial das normas abertas, é animada, também aqui, por *standards* e *princípios de direito material* os quais congregam as concepções éticas e morais vigentes. Constituem-se, por isso mesmo, vetores da aplicação das normas de tipo aberto em sentido lato.

Vale ressaltar, mais uma vez, que a *segurança jurídica* que propugnamos neste ensaio não está a serviço da manutenção do *status quo* da classe dominante ou de quem detém o poder político ou econômico. Essa concepção, que marcou a idéia de segurança jurídica no Estado moderno²²², não tem sentido nos dias atuais, mormente numa sociedade que institui como princípios fundamentais da República a construção de uma

²²² Como ressalta Eros Grau, o Direito moderno, surgido da Revolução Francesa, tem como alicerce a idéia de um Estado de Direito pautado pela necessidade de *segurança*. A *segurança* de que aqui se cuida – segurança das relações jurídicas – é concebida como *valor-condição* e não como *valor-escopo*. Trata-se, no entanto, de condição necessária à fluência dos processos de economia de mercado, indispensável à sua adequada organização. *Valor-condição*, assim, que se expressa não como *segurança jurídica*, mas como *segurança patrimonial e contratual*: proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade (art. 8º. da Constituição francesa de 1793). Nesse sentido, seu conteúdo não é expressão senão de adequação e concordância entre os interesses hegemônicos e o discurso normativo, de onde a sua conotação formal (*forma irmã gêmea da liberdade*). A exigência de certeza da norma – vale dizer, da lei e, conseqüentemente, do direito – é tida como indispensável à convivência social ordenada (Oñate 1968/47); no *maré magnum* das leis – complementa opez de Oñate (1968/72) – é fácil encontrar uma onda complacente, que conduza à praia o réu naufrago, ou, pior ainda, que faça naufragar o inocente. Não obstante, é a exigência de certeza do direito que impõe a sua positivação, em múltiplas leis.” (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 186-187).

sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º., I e III, CF).

Enfim, a concreção judicial das normas abertas previstas no novo Código Civil encontra igualmente limites no princípio da segurança jurídica, tomado no sentido de previsibilidade, como fenômeno que produz tranqüilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo²²³.

12.3. O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem sua matriz histórica no Direito administrativo, de onde surgiu como forma de controlar os excessos praticados pelo administrador no exercício da atividade discricionária. Posteriormente, estendeu-se a outros ramos do Direito. Pode-se dizer que, na atualidade, tal princípio tem aplicação não só no Direito, mas em tudo que requer uma tomada de decisão.

Ser razoável é agir de forma moderada, comedida, ponderada, sensata; é, enfim, agir conforme a razão. Esses atributos são particularmente exigidos dos agentes públicos aos quais a Constituição atribui poder decisório, funcionando como uma espécie de *limite* à atuação estatal.

Celso Antônio Bandeira de Mello²²⁴, analisando o princípio no âmbito do Direito Administrativo, aduz que:

²²³ Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais*, p.

²²⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 79.

“Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa margem de liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegetico de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito”.

Transportando essas idéias para nossa análise, poder-se-ia dizer que, ao colmatar os termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos, bem como ao aplicar as normas de tipo aberto em sentido lato previstas no novo Código Civil, o juiz deve também abster-se de decisões subjetivas, motivadas por paixões pessoais ou critérios personalíssimos. Sua decisão, além de orientada pelas concepções éticas e morais vigentes, há de pautar-se pelos atributos da moderação, do comedimento e da sensatez.

Note-se que o princípio da *razoabilidade* funciona como *limite* na concreção judicial das normas abertas, sejam elas portadoras de “conceitos vagos ou indeterminados”, sejam elas caracterizadas por juízos de oportunidade.

Se o juiz subestima ou superestima a regra ou o valor que está por trás de um “conceito jurídico vago ou indeterminado” ou até

mesmo um *standard* ou *princípio* orientador deste, evidentemente age de forma *desarrazoada*, extrapolando, portanto, os *limites* da concreção judicial.

A respeito, o princípio da razoabilidade fundamenta-se também nos princípios da legalidade, que abarca ainda o da finalidade. Uma decisão desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à *finalidade da lei*. Donde, se padecer desse defeito, será, necessariamente e ao mesmo tempo, violadora dos princípios da legalidade, da finalidade e da razoabilidade. Trata-se de decisão ilegítima e ilegal, pois a *finalidade* integra a própria lei²²⁵. Há, por outras palavras, e valendo-nos da doutrina administrativista, *desvio de finalidade* e *abuso de poder*.

Alguns exemplos nos permitirão fixar melhor essas idéias.

O art. 4º, II, do Código Civil considera incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, os chamados *ébrios habituais*. Já o art. 1767, III, diz que estão sujeitos à curatela “os deficientes mentais, os *ébrios habituais* e os viciados em tóxicos”.

Pois bem.

Imaginemos que, requerida a interdição de uma pessoa, com base nos referidos dispositivos legais, fique provado nos autos que

²²⁵ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello que assevera: “Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º., II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º., LXIX, nos termos já apontados)” (*Curso de direito administrativo*, p. 80).

o interditando ingeria, quase que diariamente, várias doses de uísque, tornando-se agressivo e incomodando seus familiares. Sob o fundamento de que a norma prevista no art. 4º, II, do Código Civil, na cultura brasileira, deve ser interpretada *cum grano salis* e não alcança situações como a dos autos, em que o interditando faz uso de bebida alcoólica apenas “socialmente”, o juiz indefere o pedido. Tal decisão, à evidência, não observou o princípio da razoabilidade na concreção judicial do termo vago *ébrio habitual*. Subestimou-se sua concepção, a pretexto de uma excessiva tolerabilidade ao uso do álcool, inexistente na sociedade brasileira.

Imaginemos agora que se trate de interdição proposta contra pessoa que faça uso de bebida alcoólica apenas esporadicamente, em ocasiões festivas, embora com certo abuso. O juiz, arvorando-se num excessivo rigor desejado pelo artigo 4º, II, do Código Civil, e influenciado por suas concepções pessoais ou religiosas, decreta a interdição e declara o interditando incapaz relativamente a certos atos. Nesse caso, não resta a menor dúvida de que o juiz superestimou a expressão *ébrio habitual*, extrapolando os limites do *razoável*.

Na verdade, definir o que é *ébrio eventual* depende de aspectos sócio-culturais que variam até mesmo em razão do momento histórico. O que hoje é considerado *ébrio* - segundo os léxicos, aquele que se embriaga habitualmente; é dado ao vício de beber – pode não o ser daqui a alguns anos. A *ebriedade* varia, também, de uma cultura para outra. Existem culturas, influenciadas por um fundamentalismo religioso, que não admitem o uso de bebida alcoólica. É evidente que em tais culturas, o conceito de *ébrio* não será o mesmo de uma sociedade que tolera o uso do álcool.

De qualquer forma, na interpretação-integrativa do termo *ébrio habitual*, constante no art. 4º, II, do Código Civil, certamente o juiz se orientará pelos valores éticos e morais vigentes na sociedade em que vive. Eles quais permitirão identificar a correta *finalidade da lei* e, conseqüentemente, decidir com *razoabilidade*.

Em relação às normas de tipo aberto em sentido lato, que conferem ao juiz o poder de interpretá-las e aplicá-las segundo juízos de oportunidade, com maior razão impõe-se a observância do princípio da razoabilidade como limite na concreção judicial.

São elas destituídas de elementos normativos que servem de parâmetro ao aplicador. A lei, como visto, atribui ao juiz liberdade para criar a norma de decisão, sem fixar-lhe um *modelo* ao qual possa subsumir os fatos. Exatamente por isso, o princípio da razoabilidade, aliado ao da legalidade e ao da finalidade, constitui-se baliza ou limite para impedir o abuso de poder, o desvio de finalidade e, o que é pior, o arbítrio.

Mesmo amparado por norma jurídica que admita o exercício do poder discricionário, na criação e fixação dos efeitos correspondentes, pode o juiz extrapolar os *limites do razoável* e incorrer em *desvio de finalidade*. Isso sucederá, por exemplo, quando ele fixar indenização por dano moral em valor incompatível com as circunstâncias e conseqüências do evento.

Igualmente haverá violação ao princípio da razoabilidade quando o juiz, ao estabelecer os efeitos correspondentes de norma que lhe permite decidir *por* equidade, que é espécie do gênero *normas de tipo*

aberto em sentido lato, subestimar a finalidade da norma, de molde a subtrair-lhe os efeitos desejados. Isso ocorre, *v.g.* quando o juiz, ao cumprir o disposto no par. único do art. 944 do Código Civil, fixa indenização pífia, sem que razões objetivas, devidamente demonstradas nos autos, justifiquem-na. Ou mesmo na hipótese de a indenização fixada com fundamento no art. 953, par. único, do Código Civil, não corresponder àquilo que se tem por *razoável*, segundo as circunstâncias do caso.

Em última análise, podemos dizer que o princípio da razoabilidade objetiva aferir a *compatibilidade* entre os meios ou critérios, os quais devem ser utilizados pelo juiz na concreção judicial, e os fins pretendidos pela norma, tendo em conta os limites a que nos referimos, de modo a evitar restrições ou excessos indevidos na interpretação-integrativa e na aplicação das normas de tipo aberto previstas no Código Civil.

13. Controle sobre a juridicidade da concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil

Ao lado de um sistema de normas abertas permeadas por termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados e de normas que concedem expressa autorização ao juiz para aplicá-las segundo juízos de oportunidade, surge a preocupação dos operadores do direito em relação à possibilidade de controle sobre a juridicidade da concreção judicial das referidas normas.

Um sistema de normas abertas traz a vantagem da flexibilidade e da adaptabilidade às novas concepções axiológicas, sem necessidade de constantes modificações legislativas para adequá-lo à realidade. Contudo, há sempre o risco da imprevisibilidade e do subjetivismo casuístico²²⁶.

A fim de solucionar esse dilema, o direito estabelece um sistema de freios e contrapesos que impede o arbítrio na concreção judicial e propicia aos interessados a segurança jurídica que se espera de um Estado de Direito. A existência de critérios e parâmetros encontráveis, como regra, no próprio sistema jurídico permite, nesta senda, um mínimo de previsibilidade. De outro lado, a observância pelo juiz do princípio da motivação racional constitui imperativo necessário ao *controle* da juridicidade da concreção judicial das normas de tipo aberto.

²²⁶ “Para impedir que esta idéia de ‘justiça pessoal’ se não desvirtue, bastará, num Estado de Direito, que exista uma ciência jurídica evoluída e existam funcionários e magistrados educados na imparcialidade, na objectividade e na incorruptibilidade. E não podem naturalmente esquecer-se todas as garantias contra o arbítrio asseguradas pela obrigação de fundamentar objectivamente a decisão tomada, pela discussão nos órgãos colegiais e pela possibilidade de revisão da decisão na instância superior” (Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 254).

Luiz Rodrigues Wambier²²⁷, em lição que vale a pena novamente aqui transcrever, aduz, no ponto, em relação à concreção judicial dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” (e que também se aplica às normas de tipo aberto em sentido lato):

“O perigo de que a circunstância de haver um conceito vago na lei gere uma decisão arbitrária, fruto exclusivamente da subjetividade do Juiz, evidentemente existe. Considera-se, todavia, que é um risco com o qual o sistema tem que conviver, risco esse contrabalançado com as exigências constitucionais e processuais no sentido de que as decisões judiciais tenham que ser motivadas (motivação racional), o que possibilita indubitavelmente que os jurisdicionados tenham controle sobre a racionalidade das decisões dos magistrados e a correlata possibilidade de sua impugnação através de recurso ou ação autônoma, conforme o caso”.

É através da motivação ou persuasão racional, portanto, que se podem identificar eventuais vícios na concreção judicial das normas abertas e, conseqüentemente, controlar a juridicidade do *decisum*.

13.1. A motivação racional

O dever de motivação racional das decisões judiciais na aplicação das normas de tipo aberto constitui, sem dúvida, um importante sistema de *controle*. O controle sobre a juridicidade da concreção

²²⁷ *Liquidação de sentença*, p. 276.

judicial das normas abertas é obtido, destarte, por meio da *fundamentação* desenvolvida pelo juiz até a fixação da *norma de decisão*.

Relevante, pois, a exposição racional e objetiva dos *critérios* e *parâmetros* utilizados na concreção judicial das normas abertas. Não se pretende, obviamente, que o juiz exponha o *método hermenêutico* empregado, o que seria até mesmo uma heresia. O que se legitimamente exige, no entanto, é que no *decisum* constem as razões objetivas por que se chegou a determinada conclusão ao se proceder à concreção judicial de uma norma aberta, inclusive com a indicação dos *standards* e *princípios jurídicos* que orientaram a decisão judicial.

O juiz não pode, *v.g.*, apenas dizer que está presente ou não a *boa-fé* objetiva na discussão de um contrato; também que há ou não *função social* da propriedade ou da posse em ação em que se discute a legitimidade de um decreto expropriatório. Igualmente, não pode afirmar que determinadas obras são ou não de *interesse social e econômico relevante* em ação na qual o titular do domínio reivindica a coisa (art. 1.228 do Código Civil). É necessário que *fundamente* sua conclusão com base em elementos extraídos da realidade fática que se lhe apresenta, em cotejo com os *standards* e *princípios gerais do direito* existentes no ordenamento jurídico.

Como bem anota Manuel Atienza²²⁸, para longe se deve afastar o determinismo metodológico, segundo o qual as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são resultado de simples aplicações de normas gerais. No contexto do Direito moderno, a obrigação estabelecida de motivar – justificar – as decisões contribui

²²⁸ *As razões do direito*, p. 25.

não só para torná-las aceitáveis -, e isso é particularmente relevante nas sociedades pluralistas que não consideram como fonte de legitimidade ou de consenso coisas tais como tradição ou autoridade -, como também para que o Direito possa cumprir a sua função de guia da conduta humana (Golding, 1984, pág. 9). Por outro lado, justificar uma decisão num caso difícil significa algo mais que efetuar uma operação dedutiva. Consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas.

Teresa Arruda Alvim Wambier, por sua vez, aduz: “A regra de que as decisões judiciais têm de ser motivadas, em seu sentido mais profundo, expressa a exigência ampla de controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado, inerente à idéia de Estado de Direito Democrático.

A relevância da prestação jurisdicional adequada como elemento integrante da estrutura do Estado de Direito aparece com nitidez se enxergarmos o direito à jurisdição como garantia constitucional primária e indispensável à eficácia de todos os outros direitos”²²⁹.

Por isso, a observância do *princípio da persuasão racional* na concreção judicial das normas de tipo aberto é condição à própria validade do *decisum* o que, a propósito, é exigido pela própria Constituição Federal (art. 93, IX).

²²⁹ *Omissão judicial e embargos de declaração*, pp. 292-293.

13.1.1. O dever de prova

A motivação racional está atrelada ao *dever de prova*. Este é imposto aos agentes públicos, particularmente ao juiz na concreção das normas abertas, como forma de controlar a adequada interpretação e aplicação das referidas normas.

Tércio Sampaio Ferraz²³⁰ ensina que “a regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade e questionamento. Se, num momento final, a decisão jurídica *termina* as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isso não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada”.

O *dever de prova* constitui, pois, imperativo da própria *motivação racional*. Não está ele atrelado apenas ao âmbito das provas no processo civil, isto é, ao dever de fundamentar baseado nas provas produzidas no processo. Trata-se de algo muito mais amplo: o dever de *justificar* a solução adotada, de forma racional e lógica. É essa justificativa que permitirá às partes identificar eventuais desvios ou vícios da fundamentação e da motivação, como veremos mais adiante.

Por isso é que a *motivação racional* ganha particular importância na concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil. O controle das decisões judiciais num sistema aberto só se mostra eficaz quando a *fundamentação* do *decisum* expõe, com clareza e

²³⁰ *Introdução ao estudo do direito*, p. 318.

objetividade, os *standards* e *princípios gerais de direito* que motivaram a *norma de decisão*.

Sem ingressar na discussão sobre as diferenças entre *argumentação* e *demonstração* (Perelman e Tyteca²³¹), o que não é o objetivo deste ensaio, parece inequívoco que a *controlabilidade* das decisões judiciais está diretamente atrelada à motivação racional.

Por outro lado, como bem salienta Teresa Arruda Alvim Wambier²³², “Se controlar é, até certo ponto, verificar a adequabilidade a um padrão para, em face da constatação da inexistência dessa adequação, corrigir-se a decisão, é preciso que se saiba como se estabelece este padrão, até para que se possa estabelecer como ocorre este controle”.

Nessa ótica, após termos desenvolvido os critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas abertas previstas no novo Código Civil, tentaremos classificar os vícios que nela poderão ocorrer e, a partir deles, identificar a forma de *controlá-los*.

²³¹ Consoante os ensinamentos de Perelman e Tyteca (1970:4-17), *argumentação* opõe-se a *demonstração*. A teoria da demonstração funda-se na idéia da *evidência*, concebida como força diante da qual todo pensamento do homem normal tem de ceder. Em conseqüência, no plano do raciocínio demonstrativo, toda prova seria redução à evidência e o evidente não necessitaria de prova. Em contraposição, a teoria da argumentação desenvolveu-se com base na idéia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu descortínio. A demonstração, nesse sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos. A argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se aos raciocínios *persuasivos*, como são os políticos e os jurídicos. Sua validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração (Tércio Sampaio Ferraz, *Introdução ao estudo do direito*, p. 319).

²³² *Controle das decisões judiciais*, p. 15.

Utilizaremos, para tanto, a classificação de Robert Alexy²³³, com algumas adaptações ao contexto do nosso estudo. Referido autor aponta uma série de vícios ao exercício do poder discricionário, que também se aplica à interpretação-integrativa dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”. Acreditamos que, por meio de tais vícios, podemos identificar como exercer o controle sobre a juridicidade da concreção judicial das normas abertas.

13.1.2. Vícios do resultado e vícios do processo

Inicialmente, Alexy procura distinguir os *vícios do resultado* dos *vícios do processo*.

Há *vícios do resultado* quando a *norma de decisão* infringe, em relação ao conteúdo, direito vigente. A infração, nesse caso, não precisa ser uma infração contra o direito material. Quando a *norma de decisão* infringe direito formal, existe uma infração, quanto ao conteúdo, contra direito vigente.

Por outro lado, os *vícios do processo* são vícios do processo de idéias, de vontade e de argumentação que conduzem ao resultado, à norma de decisão. São, por outras palavras, vícios da fundamentação e da motivação.

Não devem ser confundidos com os vícios do procedimento no sentido formal. Tanto estes como os vícios do processo

²³³ *Vícios no exercício do poder discricionário*, Revista dos Tribunais, vol. 779, pp. 11-46.

relacionam-se com a realização da decisão. Contudo, eles se distinguem. Os vícios do processo são voltados para a motivação e a fundamentação (ex.: vícios de execução da ponderação) e os vícios do procedimento no sentido formal dirigem-se à não observância das leis do procedimento (ex.: utilização da discricionariedade onde não há autorização legal para tanto).

Nossa análise terá particular atenção sobre os *vícios do processo*, os quais se ligam, como vimos, diretamente à motivação e à fundamentação do *decisum*.

13.1.3. Vícios da fundamentação e vícios da motivação

Os vícios do processo dividem-se em *vícios da fundamentação* e *vícios da motivação*. Segundo Alexy²³⁴, tanto na fundamentação como na motivação trata-se de fundamentos. A diferença consiste na circunstância de que, para um fundamento pertencer a uma fundamentação, ele deve ser demonstrado lingüisticamente como argumento para a decisão e, nesse sentido, participando atual ou potencialmente. Para pertencer a uma motivação, basta que ele, como componente de um processo de idéias e vontade, seja um fundamento para a decisão. Em outros termos, os vícios da fundamentação seriam os vícios do *expressado* como argumento, enquanto os vícios da motivação seriam os vícios do *pensado e querido*.

Destaque-se que a motivação, embora muitas vezes não apareça na fundamentação, pode ser demonstrada (= provada), inclusive para revelar que a fundamentação é falsa ou ilegítima. Atrás de uma

²³⁴ Idem, p. 27.

fundamentação formalmente perfeita pode estar uma motivação viciada que conduz a um resultado também viciado²³⁵.

Importante, pois, investigar a motivação, mormente em relação às decisões discricionárias, a fim de sabermos se constitui uma *fundamentação de fachada* (para esconder os vícios da motivação) ou de uma mera fundamentação equivocada (sem vícios na motivação), mas que da mesma forma conduz a um resultado equivocado.

Embora mais comum no âmbito das normas de tipo aberto em sentido lato, esse vício pode ocorrer ainda na concreção judicial dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”. É que, como anota Alexy, a fundamentação e a motivação de atos vinculados podem ser viciosas como aquelas de atos discricionários. “Assim, completamente igual, se se trata da concretização de um conceito jurídico indeterminado ou da atuação do poder discricionário, uma preferência de móveis político-partidários igualmente é um vício da motivação e uma ponderação defeituosa exposta dos princípios que devem ser considerados, igualmente um vício da fundamentação”²³⁶.

Alexy²³⁷ afirma ainda que “a distinção entre fundamentação e motivação é necessária porque as duas podem, sem dúvida, cobrir-se, mas não precisam, e a não-concordância acarreta conseqüências jurídicas. Existem quatro tipos de não-concordância. A primeira existe quando a fundamentação é sem vícios, a motivação, porém, viciosa; a segunda quando a fundamentação é viciosa, a motivação, porém, sem vícios; a terceira quando,

²³⁵ Poderíamos citar, como exemplo, a recusa de uma autorização por fundamentos político-partidários, mas que a autoridade, em sua fundamentação, justifica falsamente na conveniência do interesse público.

²³⁶ *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 41.

²³⁷ *Idem*, pp. 27-28.

apesar de não-concordância, tanto a fundamentação como a motivação são viciosas; e a quarta quando, apesar de não-concordância, tanto a fundamentação como a motivação são sem vícios. Antecipadamente às exposições sobre o caráter específico dos vícios no exercício do poder discricionário pode ser dito que a primeira constelação, a fundamentação sem vícios, tradicionalmente qualificada de ‘pretexto’, em motivação viciosa, conduz à antijuridicidade do ato total. Não tão simples de determinar é a consequência jurídica da segunda constelação, da fundamentação viciosa apesar de motivação sem vícios. O ponto de vista decisivo é de índole prática. Como a motivação só dificilmente é reconhecível, de modo algum deveria primeiro começar-se com isto, procurar uma motivação sem vícios atrás de uma fundamentação viciosa. Vale, portanto, o princípio de que uma fundamentação viciosa sempre conduz à antijuridicidade do ato total. Com isso, simultaneamente, está dito o necessário para a terceira constelação, a fundamentação viciosa em motivação viciosa não-concordante. Outra vez é problemática a quarta constelação, na qual a fundamentação e a motivação, sem dúvida, não concordam, as duas, porém, cada vez, para si, são sem vícios. (...) também neste caso a não-concordância conduz à antijuridicidade do ato total”.

Teresa Arruda Alvim Wambier²³⁸ revela, por outro aspecto, ser necessário distinguir “a *motivação concretamente considerada* e os *caminhos que percorre a mente do julgador para chegar até o decisório*. São fenômenos, efetivamente, distintos. Taruffo sublinha a *função justificativa* da motivação da sentença, no primeiro sentido acima mencionado. Assim, a decisão, em primeiro lugar, é tomada. Em segundo lugar, é *justificada* racionalmente, como se tem sustentado.

²³⁸ *Omissão judicial e embargos de declaração*, pp. 339-340.

De fato, acreditamos que a motivação da sentença não exprima o *iter* que o juiz percorreu até a decisão. Do raciocínio do juiz participam fatores múltiplos, que não entram nos '*conteúdos*' expressos da *motivação* concretamente considerada, isto é, a motivação expressada, que não é, em hipótese alguma, uma 'reportagem' dos mecanismos psicológicos do juiz, anteriores à decisão. A defasagem entre estes dois fenômenos é significativa”.

A corroborar essa lição, com a qual concordamos plenamente, Tércio Sampaio Ferraz²³⁹ assevera que o juiz “tende a construir o silogismo jurídico às avessas, criando, intuitivamente, a conclusão a que deve chegar e buscando, regressivamente, para ela, as justificações necessárias”.

A intuição, como anota Teresa Arruda Alvim Wambier²⁴⁰, com apoio em Bérghson, “é algo de sensitivo, de espiritual. Não tem valor em si mesma, mas, seguramente a *percepção plena* só se dá por meio da *inteligência somada à intuição*. É uma forma direta de ver, de espírito para espírito, nada medeando os dois. É uma visão que mal se distingue do objeto visto, mas se confunde com ele. Entretanto, a intuição não se comunica, senão pela *inteligência*, pelo *racional*. Mas ela é mais do que idéia, embora deva travestir-se de idéia para transmitir-se. A percepção de determinados fenômenos é realmente predominantemente intuitiva. Deve-se ressaltar que o conhecimento intuitivo *não se confunde com o conhecimento irracional*. O conhecimento intuitivo se dá quanto aos fenômenos que são conhecidos por si próprios, que prescindem de demonstração exaustiva. É ‘aquele conhecimento que se encontra no extremo oposto do conhecimento absolutamente rigoroso. Assim, se pode dizer que esta intuição desempenha papel de peso na identificação dos valores a orientar a decisão. Esta, uma vez tomada, deve ser expressa de forma racional.

²³⁹ *A ciência do direito*, p. 92.

²⁴⁰ *Omissão judicial e embargos de declaração*, pp. 342-343).

Este *quid* de razão, que há na motivação da decisão, deve caracterizar-se por torná-la, precipuamente, convincente.”

Vícios há, ainda, de *falta de fundamentação*. Tais vícios, que juridicamente podem ser equiparados à fundamentação falsa e à falta de ponderação, são muito mais graves que o da fundamentação deficiente, na medida em que o intérprete simplesmente ignora a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Nessa hipótese, viciado também estará, de forma irremediável, o próprio resultado, que nem sequer poderá ser considerado isoladamente em seu conteúdo.

Por outras palavras, havendo vício de *falta de fundamentação*, nem se perquire sobre o acerto ou desacerto do resultado. A propósito, só se pode averiguar o acerto ou desacerto da *norma de decisão* a partir da fundamentação e, se o caso, da motivação da decisão judicial que colmatou um termo vago ou indeterminado ou que decidiu segundo juízos de oportunidade. Inexistente a fundamentação, outra solução não há senão aplicar a consequência jurídica determinada pela própria Constituição Federal, que é a nulidade do *decisum*. Não se cogita, nessa medida, de sanção do vício pelo órgão *ad quem*.

Outro aspecto importante a ser abordado e que entendemos também configurar *vício de falta de fundamentação*, concerne à decisão que se limita a fazer referência genérica aos termos vagos ou indeterminados da norma, não os atrelando aos fatos nem reportando aos *standards* e/ou princípios aplicáveis na concreção judicial.

É o caso, *v.g.*, de o juiz considerar que determinada propriedade não atende à sua *função social* (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, e art. 1228, §1º, do Código Civil), sem que fundamente *in concreto* quais fatos ou circunstâncias demonstram a assertiva ou quais *standards* ou princípios são ou não aplicáveis para se concluir dessa forma. Veja-se que a decisão *in casu* explica, mas não justifica porque a propriedade não atende a sua *função social*. Isso, obviamente, num sistema em que vige o princípio da persuasão racional equivale à falta de fundamentação, sendo esta, pois, em tudo e por tudo, viciada.

O então 1º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em acórdão relatado pelo Juiz José Roberto dos Santos Bedaque, analisando a questão à luz dos requisitos da antecipação da tutela, os quais também se traduzem em termos vagos ou indeterminados, assim se pronunciou:

“O julgador limitou-se a indeferir a liminar porque não estaria presente a condição necessária para tanto (fls. 64). Ao prestar informações, não esclareceu qual a exigência não cumprida pela agravante. A simples menção a ‘ausência de requisitos legais’ ou a utilização de fórmulas semelhantes não é suficiente para fundamentar a decisão. Devem ficar bem claras as razões do indeferimento. Necessário explicar quais os requisitos faltantes, para que a parte possa, em sede recursal, argumentar contra a conclusão de 1º. grau. *Afirmar, de forma vaga e genérica, que o pedido não pode ser atendido porque não presentes os requisitos exigidos pelo legislador equivale a decidir sem fundamentar, o que não se admite, pois torna praticamente impossível a impugnação do ato judicial.* A r. decisão não preenche, portanto, a exigência constitucional da fundamentação, o que gera a nulidade insanável do ato. Imprescindível a apresentação das razões pelas quais

se entende incabível a liminar. Não basta, ante a nova ordem constitucional, a simples rejeição do pedido. Necessário sejam deduzidas as razões que levaram ao indeferimento de modo a permitir o controle da decisão (cfr. CF, art. 93, IX; Kazuo Watanabe, A tutela de urgência e o artigo 273, in *Tribuna do Direito*, abril/95, p. 23). Como bem pondera Barbosa Moreira, não se pode admitir como satisfeita a determinação constitucional, ‘com uma simples fórmula inteiramente vazia de qualquer significação concreta’. (Os princípios do direito processual civil na Constituição de 1988, in *Livro de estudos jurídicos*, vol. 4, RJ, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992; cfr. tb. A.I. no. 825.517-2, Sorocaba, 1º. TACSP, 12ª. Câ., j. 05.11.98, v.u.; A.I. no. 686.178-3, Suzano, 1º. TACSP, 12ª. Câ., j. 10.10.96, v.u.; A.I. no. 666.123-2, SP, 1º. TACSP, 12ª. Câ., j. 25.04.96, v.u.; A.I. no. 632.303-5, SP, 1º. TACSP, 12ª. Câ., j. 08.06.95, v.u.)²⁴¹.

Veja-se, destarte, que a concretização de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” deve ser realizada por meio de fundamentação consistente que aponte, com clareza e objetividade, os fatos e os fundamentos jurídicos, aqui incluídos os *standards* e *princípios gerais de direito*, eleitos como decisivos para a fixação da norma de decisão.

Não basta, como mencionado no v. acórdão citado, a simples menção a “fórmula inteiramente vazia de qualquer significação concreta”.

É exatamente o que ocorre quando o juiz se limita a mencionar os “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” para dar ou negar o efeito jurídico predeterminado pela norma. Ora, os termos vagos ou

²⁴¹ O acórdão acha-se assim ementado: “Antecipação de tutela – Indeferimento – Ausência de fundamentação das razões do indeferimento da medida – Decisão anulada – Recurso prejudicado” (Agrv. 871.141-7, São Paulo, 1º. TACSP, 12ª. Câmara, j. 14.9.1999, v.u.).

indeterminados dos conceitos jurídicos somente ganham significação à luz do caso concreto, quando confrontados com os fatos e sob o influxo de *standards* e/ou *princípios* previstos no sistema jurídico. Isoladamente, nada significam; são meras palavras sem significado operante.

Igualmente poderá ocorrer *vício de falta de fundamentação* quanto à concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato, com a diferença de que, nestas, o *efeito jurídico* não é predeterminado pela norma e sim pelo juiz. Tal vício ocorre quando o juiz, ao aplicar a norma que lhe permite agir segundo juízos de oportunidade, limita-se a impor a norma de decisão (criando, portanto, o efeito jurídico) sem justificá-la. Da mesma forma quando o juiz se limita a utilizar a fórmula genérica “decido em tal sentido, por motivos de conveniência e oportunidade” ou “por motivo de conveniência e oportunidade, decido assim”, ou, ainda, “decido assim porque presente o interesse público, além de ser conveniente e oportuno”. Em tal caso, a decisão explica, mas não justifica, não fundamenta, a solução encontrada, o que equivale à falta de fundamentação. Também aqui nula é a decisão, por força do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Se a *função* das normas de tipo aberto em sentido lato previstas no novo Código Civil e em todo o ordenamento jurídico é a de permitir a aplicação do *justo concreto* em face das circunstâncias peculiares de cada caso, terá o juiz que valorar objetiva e fundamentadamente os fatos sobre os quais incide a norma concessiva de discricionariedade, ponderando valores e princípios aplicáveis *in concreto*. Deixando o juiz de assim proceder, o resultado

estará comprometido, já que originário de um *vício estrutural de segundo grau*, para utilizar-nos da expressão cunhada por Alexy²⁴².

Logo, para o adequado controle da juridicidade da decisão judicial que procede à interpretação-integrativa e à aplicação de uma norma portadora de termos vagos ou indeterminados, ou da decisão discricionária proferida com base em norma de tipo aberto em sentido lato, há de se considerar não apenas o resultado, mas principalmente a motivação e a fundamentação. Sem uma fundamentação suficiente (que pode, por vezes, envolver a exposição da própria motivação), ou sem fundamentação (o que é mais grave), impossível se tornará um adequado e eficiente controle pelos interessados da concreção judicial das normas de tipo aberto. Motivação e fundamentação são, neste aspecto, indissociáveis. Devem estar em perfeita relação de coordenação²⁴³ para que se legitime o próprio resultado, isto é, a *norma de decisão*.

Pode existir, por outro lado, fundamentação viciada ou equivocada com resultado certo. Pode ainda existir fundamentação correta, se considerada isoladamente, mas incorreta para aquele resultado também considerado correto diante do caso concreto.

Para fins de *controlabilidade*, observada sob a ótica da *utilidade* e da *necessidade* do meio de impugnação, o que importa é a

²⁴² “Resta perguntar como deve ser classificada a fundamentação que falta em uma decisão discricionária. Em princípio, vale que ela material-juridicamente deve ser equiparada a uma fundamentação falsa. A fundamentação que falta apresenta um caso-limite de *vício estrutural de segundo grau*” (*Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 38)

²⁴³ Alexy também aqui distingue os vícios da *relação* entre fundamentação e motivação dos vícios da *própria fundamentação e motivação como tais*. Segundo referido autor, somente estes são vícios de fundamentação e motivação no sentido estrito e verdadeiro, embora também seja possível qualificar os vícios da relação entre fundamentação e motivação de ‘vícios da fundamentação’ e ‘motivação’ em sentido mais amplo (Idem, p. 28-29).

correção do resultado. É irrelevante *in casu* o vício da fundamentação, embora, quase sempre, os vícios de resultado se traduzam também em vícios do processo, isto é, de fundamentação.

Da mesma forma não importa se a fundamentação está correta, porque fundada em valores ou princípios igualmente relevantes, se ela não conduza ao *melhor* resultado, isto é, aquele que atenda à real e efetiva finalidade da norma²⁴⁴. Como regra, somente em casos de resultados equivocados ou incorretos (resultados viciados) é que se verificará a correção da fundamentação (aqui entendida também a motivação) e a adequação desta com o resultado. Inadequação do resultado à fundamentação equivale ao vício de fundamentação ou, como prefere Alexy, “vício da relação entre resultado e processo”²⁴⁵.

Seja como for, “um vício de resultado conduz sempre à antijuridicidade do ato discricionário”²⁴⁶ e, acrescentaríamos, do ato de concreção judicial dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”. Logo, é admissível o controle do *decisum* pela via dos recursos de estrito direito ou de ação rescisória. Como bem anota Alexy²⁴⁷, os “vícios no exercício do poder discricionário (e, de um modo geral, da interpretação e aplicação das normas abertas) são todos vícios de direito, controláveis judicialmente, do resultado e do processo da atuação discricionária”.

Os *vícios de direito* referem-se ao que a doutrina convencionou chamar de *quaestio juris*.

²⁴⁴ Alexy define essa situação como um *vício estrutural*, relativo à deficiência do poder discricionário (*Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 31).

²⁴⁵ Idem, p. 30.

²⁴⁶ Idem, p. 31.

²⁴⁷ Idem, p. 26 (grifos nossos).

Tereza Arruda Alvim Wambier²⁴⁸, em trabalho pioneiro sobre o tema, propõe um método de identificação da *questão de direito* em consonância com o *foco de atenção do juiz* no momento de incidência do direito. Assim, quando a atenção do julgador estiver voltada à solução *normativa* que se deve dar a determinado quadro fático-probatório, já devidamente provado e superado, ter-se-ia *quaestio juris* impugnável pelos recursos de estrito direito e de ação rescisória. Todavia, se o foco do julgador estiver sobre a ocorrência ou não de determinado quadro fático, em análise voltada exclusivamente para as provas produzidas nos autos, estaríamos diante de *questão de fato*, aplicando-se, na espécie, os verbetes das Súmulas 7 do STJ e 179 do STF, que vedam o cabimento de recursos extraordinários para reexame de provas.

São palavras da referida autora: “Dúvidas mais sérias existem quanto a se saber se se está diante de questão de fato ou de direito quando o foco sobre o qual deve recair a atenção do julgador está justamente no *momento de incidência* do direito, na qualificação dos fatos a partir de um critério legal extraído do texto normativo. O problema do aplicador da lei pode estar justamente na *subsunção*. Trata-se, indubitavelmente, de uma questão que, do ponto de vista ontológico, deve, necessariamente, a nosso ver, ser considerada uma *questão de direito*. Aliás, diremos mais, a questão de se saber qual a solução normativa em sentido *lato* que se deve dar a determinado quadro fático predefinido é a *quaestio juris* por excelência”.

Em outra passagem, assevera: “Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o *foco de atenção*

²⁴⁸ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, pp. 156-158.

do raciocínio do juiz estiver situado em *como* deve ser entendido o texto normativo, já que estariam ‘resolvidos’ os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e *como* ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra *na exata compreensão do mandamento legal*²⁴⁹.

Assim, seja na concreção judicial de uma norma aberta, que confira ao juiz o poder de aplicá-la segundo juízos de oportunidade, seja na *interpretação-integrativa* de um “conceito jurídico vago ou indeterminado”, que se processa por meio da *subsunção*, se a questão estiver relacionada à incidência ou não da norma aberta, à descoberta da finalidade da norma, à interpretação do sentido e alcance dela, à aplicação e/ou ponderação de valores, *standards* ou princípios jurídicos, estar-se-á diante de *quaestio jûris*. Isso poderá ser ventilado tanto em sede dos recursos de fundamentação livre quanto em sede de recursos de estrito direito ou, se o caso, por via da ação rescisória.

13.1.4. Vícios jurídico-ordinários e vícios jurídico-constitucionais

Outra classificação digna de nota é a que distingue os vícios jurídico-ordinários dos vícios jurídico-constitucionais, ambos relacionados aos vícios do resultado e aos vícios do processo.

Segundo Alexy, os *vícios jurídico-ordinários* se subdividiriam em *vícios de infração contra o texto da norma que concede o*

²⁴⁹ Idem, p. 156.

poder discricionário e vícios de infração contra a finalidade da norma que concede o poder discricionário.

Analisemos cada qual.

13.1.4.1. Vícios de infração contra o texto da norma que concede o poder discricionário.

Neste tipo de vício, que também podem ser classificados como vícios da subsunção do poder discricionário, o intérprete atua na crença de estar diante de uma norma que o autoriza a agir segundo juízos de oportunidade, quando, na verdade, inexistente tal autorização legislativa. Isso tem particular importância na classificação que fizemos quanto às espécies de normas abertas.

Somente em relação às normas em que a lei, expressamente, concede ao juiz o poder de determinar a *norma de decisão* segundo juízos de oportunidade, ou seja, nas normas de tipo aberto em sentido lato, é que há discricionabilidade judicial. A verificação dessa espécie de vício, como bem anota Robert Alexy, não depende das circunstâncias especiais do caso. Basta verificar, através do processo decisório (fundamentação), se a decisão amparou-se em uma discricionabilidade legalmente autorizada ou não.

Se, por exemplo, o juiz interpretar um “conceito jurídico vago ou indeterminado” segundo juízos de oportunidade, e não de legalidade, haverá *vício de subsunção* (ou *vício de infração contra texto da norma que concede o poder discricionário*), porquanto o texto da norma, neste

caso, não concede poder discricionário ao juiz. Já vimos que o fato de existir na norma “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” não importa em concessão ao intérprete de autorização para que decida segundo juízos de oportunidade.

Nesse sentido, a propósito, o magistério de José Roberto dos Santos Bedaque²⁵⁰:

“Embora não esteja autorizado a julgar por equidade, ao interpretar a aplicação da regra legal, deve o juiz levar em consideração as circunstâncias de tempo, lugar e outras pertinentes à situação concreta. Não há como atuar a vontade da lei sem considerar aspectos particulares do caso a ser solucionado. Embora seja vedado ao juiz ignorar a regra imposta pelo Estado, é seu dever extrair do texto legal efeitos adequados à realidade material a ser regulada pela sentença, atendendo, inclusive, à evolução operada nas relações substanciais. A vinculação ao texto da lei não exclui a necessária visão social do julgador, sem o que a tutela jurisdicional acaba produzindo resultado não desejado.

Essa liberdade de interpretação ganha ainda maior relevância em razão da infinidade de termos abertos, vagos ou indeterminados. São expressões, no dizer de Barbosa Moreira, de ‘contornos semânticos flexíveis’, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra.

Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequada a letra da lei à realidade.

²⁵⁰ *Código de processo civil interpretado*, pp. 352-353.

Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada apresenta-se a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica* do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz.

Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz dessas regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade.

Nesses casos, verificando haver subsunção da situação descrita pela parte a qualquer das hipóteses legais, não restará outra alternativa ao julgador, senão aplicar a regra invocada. Dessa decisão cabe recurso, providência destinada exatamente a possibilitar o reexame da questão pelo órgão superior, que modificará a conclusão de 1º. Grau se entendê-la incorreta.

Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é a prevista pela norma. É claro que, quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.

Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno.

(...)

De qualquer modo, esse poder mais amplo do juiz, essa maior liberdade na determinação do sentido da norma, não significa discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos, cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial.

Em última análise, deve-se distinguir poder discricionário de interpretação da lei, que consiste na busca da solução desejada pelo legislador, ou seja, daquela mais adequada à situação descrita no processo. Na verdade, existe apenas uma solução correta, muito embora várias tecnicamente possíveis. Entre todas, cabe ao juiz escolher a que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto.

Existe, pois, certa confusão, em sede doutrinária e jurisprudencial, entre discricionariedade e interpretação. Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. Em sede recursal, é perfeitamente admissível a obtenção de resultado diverso, visto que o órgão colegiado pode concluir ser outra a solução adequada ao caso concreto. Uma e outra, todavia, representam a única opção correta para o intérprete que a adotou. Nenhum pode escolher qualquer delas segundo juízo de oportunidade”.

Evidencia-se, como se vê, que interpretar um “conceito jurídico vago ou indeterminado” segundo juízos de oportunidade,

quando, na verdade, se trata de juízo de legalidade, constitui *vício de subsunção*, pois o texto da norma, neste caso, não concede poder discricionário ao juiz. Somente quando a lei, expressamente, atribuir ao juiz o poder de aplicá-la, fixando os efeitos correspondentes segundo juízos de oportunidade, é que haverá discricionariedade.

Este vício constitui indubitavelmente *questão de direito* já que atenta contra texto expresso da norma. Representa violação não apenas à literal disposição da norma aberta em especial, mas também ao princípio da legalidade (art. 5º., II, e art. 37, *caput*, da Constituição Federal). Como tal, poderá ser impugnado por recursos de fundamentação livre ou de estrito direito, bem como por ação rescisória.

13.1.4.2. Vícios de infração contra o texto da norma (vício de subsunção).
Não observância dos *standards* constantes da norma aberta

Há também *vícios de infração contra o texto da norma* (vício de subsunção) quando não são observados os parâmetros ou os *standards* que constam expressamente na norma e que servem de diretriz ao aplicador.

Veja-se que, neste caso, embora a lei conceda certa margem de liberdade para definir os *efeitos* cabíveis no caso concreto (já que não predeterminados pela norma), está o juiz limitado pelos *standards* constantes na própria norma. Ocorre aqui o que poderíamos chamar de *discricionariedade vinculada*.

São exemplos desse gênero o art. 928, par. único, e o artigo 724 do Código Civil. O primeiro limita o uso da equidade - que é espécie de norma que concede discricionariedade judicial – à proibição de privação do necessário à subsistência do incapaz ou das pessoas que dele dependem. O segundo fixa como *standards* para o arbitramento da remuneração do corretor a “*natureza do negócio*” e os “*usos locais*”. Em ambos os casos, deixando o juiz de observar tais parâmetros ou *standards*, haverá igualmente *vício da subsunção*.

De se registrar que a expressão *subsunção*, utilizada como uma espécie de vício jurídico-ordinário, não se refere, evidentemente, àquele processo subsuntivo inerente às normas fechadas e às normas abertas portadoras de termos vagos ou indeterminados. Nas normas de tipo aberto em sentido lato, já vimos, não há processo subsuntivo, porquanto a norma é destituída de parâmetro, ou melhor, de um *modelo* ao qual se possa adaptar (= subsumir) os fatos.

Vício da subsunção, no sentido aqui por nós utilizado, com espeque nas lições de Alexy, ocorre quando o juiz supõe estar diante de uma norma que lhe atribui um poder discricionário (norma de tipo aberto em sentido lato), quando, na realidade, inexistente tal atribuição.

Obviamente, o juiz terá de *interpretar* os fatos para verificar se é o caso de *aplicar* a eles ou não a norma que lhe confere potestade discricionária. Isto, porém, não se confunde com a *subsunção*, ao menos no sentido clássico ou tradicional.

Esses vícios são em tudo e por tudo iguais aos vícios já por nós abordados anteriormente e, portanto, são passíveis de controle pelos mesmos meios de impugnação mencionados no item anterior.

13.1.4.3. Vícios de infração contra a finalidade da norma que concede o poder discricionário ou que contém termos vagos ou indeterminados

Ocorre este tipo de vício, que é também uma espécie de *vício na subsunção* das normas de tipo aberto, quando o juiz decide, no exercício da discricionariedade que a lei lhe confere ou na concreção judicial de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”, com desvio de finalidade.

Consoante já estudamos anteriormente ao tratarmos dos *limites* na concreção judicial das normas de tipo aberto, a finalidade é o espírito da norma, é o que dá vida e sentido a ela. A observância da *finalidade da norma* é o que permite ao juiz decidir com certa margem de *previsibilidade e segurança*, mesmo quando a norma lhe autoriza agir segundo juízos de oportunidade.

Por isso é que, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵¹, “Para ter-se como liso o ato, não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias

²⁵¹ *Curso de direito administrativo*, p. 752-753).

do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, a toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial”.

Tais lições, embora voltadas ao exercício do poder discricionário no âmbito da Administração pública, têm inteira aplicação aqui, seja no que toca à necessidade de observância da *finalidade da norma*, seja no que se refere ao controle da decisão pautada por juízos de oportunidade.

Haverá, pois, *vício na subsunção* sempre que houver infração contra a *finalidade da norma* ou contra a *finalidade de outras normas e complexo de normas jurídicas*, aí incluídos os *standards* e/ou os *princípios gerais de direito* que devem ser observados tanto na atuação discricionária quanto na *interpretação-integrativa* dos termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos.

Como assevera Alexy²⁵², “a associação de finalidades a normas é – afora nos casos raros em que o legislador une rigorosamente explícito a norma com uma finalidade ou com um feixe de finalidades fechado – um ato interpretativo. Este pode, como mostra a disputa entre a teoria do objetivo da interpretação objetiva e subjetiva, estar unido com extensos problemas. Se consta a finalidade, então aparecem problemas de sua

²⁵² *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 32.

precisão, assim, como de comprovação de relações finalidade/meio. Em feixe de finalidades crescem problemas de ponderação de finalidades e da colisão de finalidades”.

Como ato interpretativo que é, a descoberta da finalidade da norma também está sujeita a regras de hermenêutica que permitirão ao juiz identificar a *única* solução cabível na espécie (no caso dos “conceitos jurídicos indeterminados”) ou a que represente a *melhor* solução entre as comportadas pela norma (no caso das normas concessivas de poder discricionário). De qualquer modo, deixando o juiz de observar a *finalidade* da norma legal, haverá *vício na subsunção* e, inexoravelmente, também estará viciada a *norma de decisão*.

Veja-se que, ao aplicar uma norma de tipo aberto em sentido lato ou uma norma portadora de termos vagos ou indeterminados, o juiz deve averiguar qual a *finalidade* que a anima de acordo com as concepções éticas e morais vigentes e as circunstâncias *do caso concreto*. Deve, inclusive, por exigência até mesmo de ordem constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal), deixar evidenciada essa finalidade em sua argumentação tópicaxiológico-teleológica, sob pena de nulidade do *decisum*.

Mais ainda: quando há colisão e ponderação de finalidades, igualmente deverão ser expostas as finalidades ponderadas e conflitantes e a razão de ter sido eleita determinada finalidade em vez de outra(s). Isso porque o controle de juridicidade das decisões discricionárias somente se efetiva a contento quando se possa identificar no *decisum* a relação estabelecida entre os meios e/ou critérios utilizados e a finalidade normativa,

bem como os meios e/ou critérios de ponderação e escolha das finalidades normativas ponderadas ou colidentes.

Não se pode olvidar, ademais, que o vício contra a finalidade da norma concessiva do poder discricionário ou da norma que permite ao juiz decidir segundo juízo de oportunidade é um vício à própria norma legal. Lembremo-nos da feliz observação de Afonso Queirò: “O fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma”.

De se registrar, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵³, que “O fato da finalidade estar muitas vezes implícita ou de ser nomeada mediante conceitos fluidos não é impediante a que se cumpra essa função de norte orientador do intérprete, pois, como disse Ihering, citado por Recasens Siches, ‘o fim é o criador do Direito; não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático’”.

Anote-se, por importante, que o vício de que ora tratamos somente constituirá *quaestio juris* se o *foco do juiz* estiver centrado exclusivamente na descoberta da finalidade normativa, através de processo interpretativo, depois de superada a questão fático-probatória. Se a atenção do juiz estiver voltada à comprovação ou não de *factos* que poderão demonstrar a finalidade normativa já conhecida de antemão - e, portanto, sem recurso a qualquer método interpretativo-normativo -, não haverá questão de direito, mas mera *quaestio facti*.

²⁵³ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 45.

13.1.4.4. Vícios jurídico-constitucionais

Alexy²⁵⁴ classifica, ainda, os vícios em *vícios jurídico-constitucionais*, que se baseiam na violação de direitos fundamentais ou outras normas constitucionais, notadamente quanto ao princípio da igualdade, da proporcionalidade, da proteção (legalidade), da confiança (segurança jurídica) e do Estado social²⁵⁵.

Tomemos como exemplo uma situação envolvendo o princípio da proporcionalidade.

Sabe-se que, por esse princípio, as intervenções na esfera de liberdade são admissíveis somente quando indispensáveis à proteção de interesses públicos. Ademais, os meios escolhidos devem guardar uma relação razoável com o resultado aspirado.

O art. 21 do Código Civil prevê que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Imaginemos que um determinado político sentiu-se ofendido com trechos de um livro recém-publicado sobre a história política do Brasil pois faz referência ao seu nome. Pede ao juiz, por meio de ação

²⁵⁴ *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 33.

²⁵⁵ Alexy não esclarece, ao menos nesse texto, no que consistiria esse “*princípio do Estado social*”. Cremos, no entanto, que o autor esteja se referindo aos princípios do *solidarismo social* e da *dignidade da pessoa humana*.

competente proposta com base no aludido dispositivo, que sejam apreendidos todos os exemplares ainda não vendidos e que se impeça a editora de publicar e distribuir outras edições. Nesse exemplo hipotético temos, de um lado, o direito à inviolabilidade da vida privada e, do outro, a liberdade de manifestação do pensamento (do autor do livro) e a própria liberdade de imprensa (da editora) em seu aspecto mais amplo. Há, pois, conflito de princípios constitucionais que devem ser sopesados e ponderados à luz do princípio da proporcionalidade, considerando que “as intervenções na esfera de liberdade são admissíveis somente quando indispensáveis à proteção de interesses públicos”²⁵⁶.

No caso, poder-se-ia concluir que: *a)* a liberdade de imprensa, por estar fundada no direito de informar e, portanto, de interesse público, não poderia ser cerceada com base em um interesse individual, traduzido pela inviolabilidade da vida privada; *b)* por se tratar a “vítima” de um homem público, natural que livros, revistas e jornais façam referência ao seu nome, não ocorrendo, pois, inviolabilidade da “vida privada”. Aliás, nem mesmo haveria conflito, já que prevaleceriam a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa; *c)* por fim, entendendo o juiz que a inviolabilidade da vida privada deveria se sobrepor à liberdade de manifestação do pensamento, determinaria as “providências necessárias” para fazer impedir ou cessar a violação, observando os meios que guardem uma relação razoável com o resultado aspirado. Em todas essas hipóteses, não haveria *vício jurídico-constitucional*, porquanto respeitado o princípio da proporcionalidade.

Ao contrário, se o juiz acolhesse integralmente o pedido, com base na proteção constitucional e infraconstitucional da inviolabilidade da vida privada, sem dúvida haveria *vício jurídico-*

²⁵⁶ Cf. Alexy, *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 33.

constitucional. Isso não só porque o juiz teria violado direitos fundamentais mais importantes no caso em análise, como também porque as restrições impostas não são proporcionais ao agravo ou dano sofrido pela vítima.

Quanto à violação aos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵⁷ assevera, com a firmeza de argumentação que lhe é peculiar, que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo um sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Dúvida não pode haver, destarte, que os vícios jurídico-constitucionais também estão sujeitos a controle. Aliás, por se tratar de violação a princípios ou normas constitucionais, exsurge com clareza o cabimento dos recursos de estrito direito, notadamente do recurso extraordinário (art. 105, III, *c*, da Constituição Federal).

13.1.5. Vícios da subsunção e vícios da ponderação

Alexy classifica, por fim, o que denomina de *vícios da subsunção* e *vícios da ponderação*. Segundo ele, tais vícios referir-se-iam às duas estruturas fundamentais da aplicação do direito. Quanto aos vícios da subsunção, já nos referimos a eles linhas atrás. Importa-nos neste momento

²⁵⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 748.

tratar dos *vícios da ponderação*, a fim de identificarmos em que medida se torna possível a *controlabilidade* da concreção judicial das normas abertas.

Como já ressaltado ao tratarmos dos critérios para a concreção judicial das normas de tipo aberto, o mandamento da ponderação é a porta de entrada dos princípios gerais de direito, sejam eles de ordem constitucional ou infraconstitucional, mormente em caso de existência dos chamados *fenômenos de tensão*. Funciona aqui, como principal controle da concreção judicial, o princípio da proporcionalidade.

Como ensina Alexy²⁵⁸, “A ponderação ganha estrutura pelo princípio da proporcionalidade, que, com seus três princípios parciais, da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, forma o critério mais importante para a atuação discricionária”. Acrescentaríamos que também na concreção judicial das normas abertas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados de conceitos jurídicos sempre que haja conflito de valores ou princípios. É que, como assevera o preclaro jurista alemão, “na concretização de um conceito indeterminado uma ponderação pode ser possível e necessária, mas não se realizar. Portanto, também em atos vinculados existe a falta de ponderação”²⁵⁹.

Valendo-nos da precuciente classificação de Alexy, podemos dizer que os *vícios da ponderação* se subdividem em: a) *vícios de falta de ponderação*; b) *vícios de déficit de ponderação*; e c) *vícios de desproporção de ponderação*.

²⁵⁸ *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 34.

²⁵⁹ *Idem*, p. 41.

13.1.5.1. Vícios de falta de ponderação

Nos *vícios de falta de ponderação*, o juiz deixa de ponderar os valores ou princípios conflitantes, elegendo, ao seu exclusivo talante, um valor ou princípio que reputa decisivo, sem maiores considerações. Pode-se dizer que, neste caso, há até mesmo nulidade do *decisum*, por descumprimento do mandamento constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal).

É que, em se tratando de aplicação de norma de tipo aberto na qual o juiz defronta-se com um conflito de valores ou princípios, não pode o aplicador simplesmente optar por um princípio ou valor que entenda decisivo segundo seus critérios pessoais de justiça. Deve, isto sim, utilizar-se do princípio da proporcionalidade, sopesando os valores ou princípios em conflito, e escolher aquele que, no caso concreto, se apresente hierarquicamente mais importante e decisivo²⁶⁰, conforme as concepções éticas e morais vigentes, e que *melhor* atenda à finalidade da lei (no caso de discricionariedade judicial) ou que

²⁶⁰ Em interessante análise sobre a forma de se estabelecer o princípio decisivo diante do caso concreto, Teresa Arruda Alvim Wambier assevera: “É necessário que se assumam, como dissemos antes, haver uma correspondência íntima entre *princípios jurídicos* e *valores*. Princípios jurídicos *incorporam valores*. Como pode haver colisão entre valores, pode, correlatamente, haver colisão entre princípios, que deve necessariamente, ser ‘resolvida’ em face do caso concreto. Parece, todavia, não ser possível organizar os princípios, em tese, de forma escalonada e hierarquizada. É impossível, também, ao que tudo indica, estabelecer o peso que têm. O que se percebe, pois, é que os princípios não comportam um tratamento RÍGIDO.

Isto não significa, todavia, que os princípios devam ser visualizados como normas soltas, desorganizadas, ou, como diz Alexy, um mero catálogo de *topoi* (que acabariam, neste contexto, por ser vistos como expedientes de que se serve o interlocutor para argumentar de melhor forma possível em favor de seu ponto de vista).

É possível estabelecer-se uma certa ordem no ‘universo’ dos princípios, e Alexy sugere que isto se faça segundo critérios de prioridade, que vão sendo ‘objetivizados’ (= tornando-se parâmetros objetivos para decisões judiciais) e podem ser referência para decisões de novos casos subseqüentes” (*Controle das decisões judiciais*, p. 80).

represente a *única e correta* solução que atenda à finalidade da lei (no caso dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”).

Não se deve olvidar que os princípios ou valores excluídos desse balanceamento não são aniquilados. São apenas afastados em face do caso concreto, o que não significa que não possam ser aplicados em outros casos, presentes outras circunstâncias.

Alexy²⁶¹ ressalta que no *vício de falta de ponderação*, “a autoridade pode saber e demonstrar que ela tem o direito de atuação discricionária, contudo, por exemplo, em orientação exclusiva por um fundamento para ela decisivo, renunciar a uma ponderação”. Não importa, pois, o conhecimento ou não do juiz quanto à possibilidade que a lei lhe dá de atuar segundo juízos de oportunidade. Se deixou de ponderar quando tal lhe era exigido por força da existência de *fenômenos de tensão*, sua decisão está viciada. Nesse caso, pode ser anulada por meio de recursos de fundamentação livre ou pela via dos recursos de estrito direito, seja por contrariar dispositivo da Constituição Federal (art. 102, III, *a*, combinado com art. 93, IX), seja por contrariar lei federal (art. 105, III, *a*, combinado com art. 131 do Código de Processo Civil).

Note-se que, nessa espécie de vício, ainda que o resultado (= norma de decisão) esteja correto, sua anulação se impõe. Trata-se de vício de tal sorte grave que a consequência, de ordem pública, está até mesmo prevista no plano constitucional (art. 93, IX).

²⁶¹ *Vícios no exercício do poder discricionário*, pp. 36-37.

13.1.5.2. Vícios de *déficit* de ponderação

Outro vício apontado por Alexy como um *vício de ponderação* é o *déficit de ponderação*. Neste, diferentemente da falta de ponderação, o juiz procede a uma ponderação de valores ou princípios na fundamentação do *decisum*, porém de forma incompleta. Deixa, por exemplo, de considerar todos os valores ou todos os princípios em disputa.

Alexy²⁶² aduz que o *vício de déficit de ponderação* pode ser um *vício de índole normativa* ou *fática*. Ocorre quando fatos - que são pressuposto para a correspondência de um princípio jurídico - não são considerados. Já o *vício normativo* ocorre quando um princípio jurídico, apesar de sua aplicabilidade no caso concreto, não é colocado na ponderação.

Quanto ao *vício de índole fática*, entendemos que ele está circunscrito ao exame das provas. Assim, se o juiz desconsiderou fatos provados nos autos, ou que independem de prova (art. 334 do Código de Processo Civil), mas determinantes para o resultado, tal vício poderá ser atacado por recursos de fundamentação livre, no âmbito da jurisdição ordinária. Não, porém, em sede de recursos de estrito direito, ante a incidência das Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça²⁶³ e 279 do Supremo Tribunal Federal²⁶⁴, que vedam o cabimento de recurso especial ou extraordinário para simples reexame de prova.

²⁶² Idem, p. 37.

²⁶³ Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

²⁶⁴ Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Quanto ao vício relativo ao déficit de ponderação *de índole normativa*, que constitui *quaestio juris*, porquanto referente à ponderação e aplicação de princípios jurídicos, perfeitamente cabíveis os recursos de estrito direito no âmbito da jurisdição extraordinária, além, é óbvio, dos recursos de fundamentação livre no âmbito da jurisdição ordinária.

Deve ser destacado que tanto o vício de índole fática quanto o de índole normativa não constituem, propriamente, vícios de nulidade, como ocorre em relação ao vício de falta de ponderação. Tal assertiva advém da circunstância de que, no sistema processual civil brasileiro, as questões ou fundamentos (fáticos ou normativos) não apreciados pelo juiz (aqui se inclui o *déficit de ponderação* na concreção judicial das normas abertas) podem ser apreciados e decididos pelo órgão *ad quem* sem que isso importe, necessariamente, em nulidade do *decisum*. Nesses casos, incide a regra prevista no art. 515, §§1º. e 2º. do Código de Processo Civil que *devolve* (*rectius*: translada) ao Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, e todos os fundamentos suscitados no processo e não apreciados pelo juiz. Trata-se *in casu* de manifestação do princípio translativo, como já tivemos a oportunidade de salientar em outra obra:

“Sem dúvida que a devolutividade está hoje adstrita ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* e, conseqüentemente, ao próprio princípio dispositivo.

Pelo efeito devolutivo, devolve-se ao órgão *ad quem* somente aquilo que foi objeto de impugnação. Há, por assim dizer, à

semelhança do que ocorre com o juiz em relação ao pedido feito na inicial, o que se pode denominar de *princípio da adstrição do juízo 'ad quem' à impugnação*.

Destarte, salvo quanto às hipóteses expressamente previstas na lei processual, não pode o juízo *ad quem* julgar alguém, fora ou além do que tenha sido objeto de impugnação. Se o fizer, não havendo previsão legal para tanto, o *decisum* proferido pelo juízo *ad quem* incorrerá nos mesmos vícios da sentença (arts. 128 e 460 do CPC) e estará sujeito, inclusive, à ação rescisória e, dependendo da hipótese, até à ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual.

Quando a lei processual autoriza o Tribunal a decidir alguém, fora ou além do que fora objeto de impugnação (arts. 267, §3º.; 301, § 4º.; 515, §§ 1º., 2º. e 3º., 516 do CPC), ou até mesmo sem ela (art. 475 do CPC), não ocorre o efeito devolutivo. Conforme a hipótese, ocorre o efeito translativo ou expansivo, o qual surge em decorrência do recurso ou da própria lei²⁶⁵.

Fica claro, portanto, que o vício de *déficit de ponderação* na concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato e das normas que conferem ao juiz o poder de aplicá-las segundo juízos de oportunidade igualmente está sujeito ao controle de juridicidade, mas com peculiaridades próprias, como ressaltado.

²⁶⁵ Tosta, *Do reexame necessário*, pp. 85-86.

13.1.5.3. Vícios de desproporção de ponderação

Existem, por fim, vícios de *desproporção de ponderação*. Trata-se de vício que tem particular incidência nas normas de tipo aberto em sentido lato, embora também possa ocorrer na concreção judicial dos termos vagos ou indeterminados dos conceitos jurídicos.

Como anota Alexy²⁶⁶, “Se os princípios e finalidades que devem ser considerados são ponderados falsamente em uma ponderação, então, necessariamente, o resultado dessa ponderação é vicioso. Sem abordar circunstanciadamente a estrutura da ponderação, pode ser dito que a desproporção de ponderação forma a parte essencial do viciamento do poder discricionário quanto ao conteúdo, que significa que a questão, que deve ser colocada para todos os vícios do poder discricionário, sobre o caráter específico do poder discricionário obtém nela um peso especial”.

Isso porque, sendo a ponderação a essência da própria decisão discricionária, os vícios relativos à desproporção da ponderação passam a ter especial relevância. Estando o juiz diante de duas ou mais soluções igualmente admissíveis pelo sistema jurídico, à luz dos valores, dos princípios gerais de direito e dos *standards* jurídicos, em tese aplicáveis ao caso, deve ele sopesar qual delas é a que *melhor* atende à finalidade da norma. Para tanto, deverá proporcionalizar de forma adequada, elegendo o valor, princípio ou *standard* que conduza efetivamente à melhor solução. Em outros termos, a ponderação de valores só se mostrará *proporcional* e, portanto, válida, sem vícios, quando houver eleição do valor, princípio e/ou *standard*

²⁶⁶ *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 38.

hierarquicamente mais importante e que, em consequência, conduza à melhor solução.

Não se pode olvidar, ademais, que na concreção judicial das normas de tipo aberto em sentido lato também deverá o juiz, ao definir os *efeitos* correspondentes²⁶⁷, criar a *norma de decisão* aplicável *in concreto* na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade da norma.

O vício de desproporção de ponderação também pode ocorrer na concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados. É que, na colmatação e aplicação dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” pode também ser necessária uma ponderação entre valores, princípios ou *standards*.

Relembremos a lição de Alexy no sentido de que “uma concretização de um conceito jurídico indeterminado, que pondera, ao fim e ao cabo, falsamente as finalidades ou princípios que devem ser considerados é do mesmo modo antijurídico como uma decisão discricionária que padece desse vício”²⁶⁸.

Logo, dar preferência a um valor, princípio ou *standard* de menor *status* diante da situação concreta vicia a própria premissa do silogismo judicial e o processo subsuntivo de interpretação e aplicação das

²⁶⁷ Lembremo-nos da lição de Barbosa Moreira: na discricionariedade judicial, a própria escolha da consequência (isto é, dos *efeitos*), omitida intencionalmente pela norma, fica entregue à decisão do aplicador. A solução não se acha predeterminada pela norma, como se dá em relação às normas que contêm termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados (*Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, pp. 612-613).

²⁶⁸ *Vícios no exercício do poder discricionário*, p. 39.

normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados e, conseqüentemente, a conclusão, isto é, a *norma de decisão*.

Sendo, pois, o processo de integração- interpretação-aplicação dos “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” uma forma de subsunção, a desproporção de ponderação deve também aqui ser considerada antijurídica e, portanto, *quaestio juris* impugnável tanto pela via dos recursos de fundamentação livre como pelos recursos de estrito direito.

14 – As normas abertas no Direito Estrangeiro

A análise do direito estrangeiro oferece elementos que nos permitem compreender melhor os institutos jurídicos, de molde a facilitar até mesmo o processo interpretativo, em especial no campo do Direito Civil.

Sem nenhuma pretensão de esgotar o estudo do direito estrangeiro, ou de analisarmos em profundidade as normas abertas através do Direito Comparado, o qual, segundo Caio Mário da Silva Pereira²⁶⁹, constitui muito mais do que um método de comparação dos direitos como mera técnica de ilustração, procuraremos trazer um panorama geral das normas de tipo aberto existentes nas codificações civis de alguns países de tradição romano-germânica, a fim de identificarmos traços comuns e diferenciadores em relação ao nosso novo Código Civil.

14.1. As normas de tipo aberto no Código Civil Alemão

Na esteira da classificação que fizemos no Capítulo 6 acerca das normas de tipo aberto, procuraremos identificar no Código Civil Alemão as normas dessa natureza caracterizadas por termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados e as normas que neste ensaio denominamos de tipo aberto em sentido lato.

²⁶⁹ Segundo o citado autor, o Direito Comparado “É um ramo cada vez mais eficiente e mais autônomo da ciência jurídica, por não limitar sua atuação apenas à comparação dos direitos, como técnica de ilustração. Através da comparação, procura-se obter resultado efetivo, determinar finalidades práticas, realizar objetivos determinados” (*Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n. 7., p. 41).

O BGB, como assevera Judith Martins-Costa²⁷⁰, é cientificamente um produto da pandectística. “Por isso o seu caráter de um ‘direito da jurisprudência’ (*Juristenrecht*), que foi recebido por seus destinatários com a ‘confiança de uma profunda força vital’, embora não tenha merecido a mesma popularidade do Code Napoleón. E, com efeito, distingue-se do seu congêneres através de três eixos, a saber, a ética material escolhida, por um e por outro, a sua estruturação técnica e o tipo de operação sistemática que ambos possibilitaram”. Essas características, conclui a autora, “modelam o seu conteúdo, que consagra a liberdade de contratar (§ 305), a liberdade da propriedade, especialmente a propriedade fundiária (§ 903), e a liberdade de testar (§ 1937), aí com a limitação da ‘legítima’. O silêncio do Código é, todavia, como afirma Franz Wieacker, ainda mais expressivo: o § 138 nada refere quanto à consideração do justo preço e afasta a *laesio enormis*, conhecida no direito comum; o § 441 e as exceções dos §§ 321 e 610 excluem a cláusula *rebus sic stantibus* e as cláusulas gerais, notadamente as dos §§ 242 e 826, que tanta importância teriam para a sobrevivência do BGB no duplo pós-guerra. Além de merecerem escassa aplicação no período inicial de sua vigência, foram firmemente criticadas, nos debates do último projeto, pelo caráter ‘elástico’ de suas disposições e ao apelo ‘demasiadamente freqüente’ ao ‘poder discricionário’ ou ‘razão subjetiva do juiz’”.

Do ponto de vista político-legislativo, o Código Civil Alemão não trouxe grandes avanços em relação ao Código de Napoleão no que toca a abertura e a flexibilização das normas jurídicas. “Se na França o objetivo de excluir o juiz da formulação das regras foi postulado doutrinariamente pela Escola da Exegese, não decorrendo necessariamente do

²⁷⁰ *A boa-fé no direito privado*, p. 233.

Code – esta, sim, elegante, embora igualmente dotada de precisão -, na Alemanha o mesmo escopo decorreu do próprio Código. Para atingi-lo foi suposta a necessidade de estabelecer na lei numerosas distinções, motivo pelo qual evita as soluções sintéticas e multiplica as soluções em termos de detalhe”²⁷¹.

O logicismo positivista do Código Alemão, explica Judith Martins-Costa²⁷², “será consequência desta concepção de sistema. Visto que o direito consubstancia um sistema fechado, capaz de operar um contínuo incremento e de uma ilimitada expansão conceptual por via meramente dedutiva, à função judicial restará estranho o papel de constitutivamente considerar, na interpretação das normas, elementos e critérios externos ao sistema. O modelo do juiz era o de ‘oráculo das leis’, um árbitro neutral, vinculado tão-somente à lei e capacitado, pela lei, à mais radical objetividade”.

Apesar dessa concepção restritiva, a jurisprudência alemã deu passos importantes em direção à abertura das normas jurídicas, mormente no pós-guerra, agregando-lhes ao longo da história do direito privado, por intermédio dos chamados “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados”, valores éticos e morais em consonância com a própria evolução da sociedade e do Direito.

O exemplo mais marcante dessa abertura está no §157 do BGB que estabelece, *verbis*: “Os contratos devem ser interpretados como exige a *boa-fé*, atendendo-se aos *usos e costumes*” e no §242 o qual prevê que “O devedor está obrigado a executar a prestação como a *boa-fé*, em atenção

²⁷¹ Emílio Betti, *Système du Code Civil Allemand*, citado por Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 234.

²⁷² Idem, pp. 236-237.

aos usos e costumes, o exige". Esses dois dispositivos legais foram, pode-se dizer, os precursores da denominada *boa-fé objetiva*, que hoje constitui até mesmo um princípio jurídico aplicável em toda e qualquer relação jurídica construída sob a égide dos mais variados ordenamentos jurídicos.

Judith Martins-Costa²⁷³ assinala que a boa-fé objetiva desempenha três funções técnicas específicas, que se evidenciam em cada relação contratual concretamente considerada.

A primeira delas seria a *função hermenêutico-integrativa*, que atuaria, segundo Wieacker, como uma via para uma adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador. “Nesse ponto se insere a questão do desenvolvimento da ordenação contratual *conforme ao seu sentido*, nas hipóteses em que o juiz não encontra apoio no texto contratual, nem literalmente considerado, nem segundo a reconstrução da intenção das partes (Código Civil, art. 85) e nem mesmo quando tomado em conta o valor da declaração ‘razoavelmente apreciado, ou segundo os usos do tráfego’, mesmo porque “a explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade (...) é a sobrevivência da ciência do direito do século XIX, e pertence à espécie das categorias já relegadas ao museu do pensamento.

Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente

²⁷³ *A boa-fé no direito privado*, pp. 427-428.

presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida”.²⁷⁴

Mais adiante assevera Judith Martins-Costa: “A explicitação dessas regras de ordem técnico-hermenêutica evidencia a função do juiz, diante da ordenação contratual que lhe está submetida, de exercitar verdadeiramente um *officium iudicis*. Este qualificativo resulta da consideração de que, nessas circunstâncias, o julgador se comporta do mesmo modo que o legislador, quando estabelece os chamados ‘preceitos dispositivos’ do direito das obrigações”.²⁷⁵

A segunda função da boa-fé objetiva seria a *criação de deveres jurídicos*, que se subdividem, segundo a doutrina, em *deveres principais*, relativos ao núcleo da relação obrigacional (dever de pagar, fazer, entregar, etc), *deveres secundários* e *deveres laterais*.

Os deveres secundários se subdividiriam, ainda, em *deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal*, que, segundo Judith Martins-Costa²⁷⁶, “se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal (*v.g.* na compra e venda o dever de conservar a coisa vendida, ou de transportá-la, ou o de embalá-la) e *deveres secundários de prestação autônoma*, os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal (como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação, ou o dever de garantir a coisa, mediante a prestação de garantia autônoma)”.²⁷⁶

²⁷⁴ Idem, pp. 429-430.

²⁷⁵ Idem, p. 432.

²⁷⁶ Idem, p. 438.

Quanto aos *deveres instrumentais ou laterais*, ou *deveres acessórios de conduta*, *deveres de conduta*, *deveres de proteção* ou *deveres de tutela*, expressões todas que se reportam, segundo ainda Judith Martins-Costa²⁷⁷, “às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schulzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento”.

Entre os deveres com tais características encontram-se os *deveres de cuidado*, *previdência e segurança*; os *deveres de aviso e esclarecimento*; os *deveres de informação*; o *dever de prestar contas*; os *deveres de colaboração e cooperação*; os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*; e os *deveres de omissão e segredo*.

A terceira função da boa-fé objetiva seria, de acordo com Judith Martins-Costa²⁷⁸, a de *limite ao exercício de direitos subjetivos*. “Sob essa ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. Nesse campo tem a boa-fé objetiva particularíssima operatividade em matéria de *resolução contratual*. (...) No vasto campo de direito de resolução, a boa-fé como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos que a contrariem mostra a sua face, por exemplo, nos casos de *adimplemento substancial do contrato*, hipótese que, não obstante ser há muito versada no direito comparado, notadamente o da *common law*, só agora ingressa no direito brasileiro por via judicial”, consoante se vê do trecho da fundamentação do acórdão transcrito na obra da referida autora:

²⁷⁷ Idem, *ibidem*.

²⁷⁸ Idem, p. 455.

“A ação de rescisão de contrato improcede porque a compradora cumpriu substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso na última prestação causa justificadora para a resolução do negócio, assim como pretendido na inicial. O desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno direito das obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos; mas não se permitiria o pedido de resolução, se essa pretensão viesse a ferir o princípio da boa-fé”.²⁷⁹

Outro termo vago bastante utilizado pelo Código Civil Alemão é a cláusula geral dos *bons costumes*, que para alguns chega a estar alçada até mesmo à condição de princípio²⁸⁰.

O § 138 do BGB refere-se à infringência aos *bons costumes* como causa de nulidade do negócio jurídico²⁸¹. Trata-se de termo vago caracterizado por vagueza socialmente típica, cuja interpretação-integrativa se faz a partir da análise dos valores éticos e morais vigentes na sociedade em determinada época.

É interessante observar que as normas abertas existentes no Código Civil Alemão, especialmente aquelas caracterizadas por vagueza socialmente típica, só ganharam rendimento em termos interpretativos

²⁷⁹ Idem, p. 458-459.

²⁸⁰ Alberto Gosson Jorge Junior ressalta, no ponto, que “Os alemães não se cansam de enfatizar a influência exercida pelos dois *princípios gerais* que animam toda a estrutura do BGB: o dos *bons costumes* e o da *boa-fé* (*Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 64).

²⁸¹ § 138 do BGB: Um negócio jurídico que infrinja os *bons costumes* é nulo.

após vários anos da promulgação do BGB e, ainda assim, através da jurisprudência alemã, já que a doutrina pouco se ocupava delas até então.

Veja-se, por exemplo, a *boa-fé* no direito das obrigações. Sua formulação na Alemanha, salienta Judith Martins-Costa²⁸², não partiu nem da doutrina nem do Código, mas da prática comercial. A *boa-fé* germânica, “gerada nos ideais da Cavalaria como impulsionadora de um feixe de deveres de conduta frente ao *alter*, ou à comunidade, importantes ecos do substrato cultural, que, mesmo à margem de toda teorização, se revelou na prática dos tribunais comerciais, em especial no transcorrer dos Oitocentos, podendo, contudo, ser constatada a sua referência mesmo antes, como aponta em recente tese Rudolf Meyer, que alude à jurisprudência da Liga Hanseática, cujas decisões mais antigas remontam a 1554”.

Em relação à cláusula geral dos *bons costumes* também não foi diferente. Os dispositivos do Código Civil Alemão que a ela se referem (§138, §817, §826, §847) ganharam vida e passaram a incorporar valores éticos e morais em consonância com as exigências de uma sociedade em busca da superação do pós-guerra por meio da jurisprudência vanguardista dos Tribunais alemães.

Harriet Christiane Zitscher, citada por Alberto Gosson Jorge Junior²⁸³, acrescenta que as cláusulas gerais da *boa-fé* e dos *bons costumes* “desempenharam no curso de décadas o papel de porta de entrada para novos desenvolvimentos, adaptações necessárias e princípios constitucionais no direito civil alemão. No que concerne ao §138, enfatiza que ‘não é tanto a mera existência de uma cláusula geral de *bons costumes*, mas o tipo de

²⁸² *A boa-fé no direito privado*, pp. 207-208.

²⁸³ *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, pp. 64-65.

desenvolvimento que esta cláusula ocasionou no direito alemão, que torna este exemplo típico para o ordenamento jurídico”.

Além das normas de tipo aberto portadoras de termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados caracterizados por vagueza socialmente típica, o BGB também contém várias normas caracterizadas por vagueza comum, isto é, termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados cujo preenchimento se faz a partir de regras de experiência.

São exemplos dessa espécie de norma o §138 que em sua segunda parte se refere à expressão *manifesta desproporção*; o §260 ao fazer alusão ao *cuidado necessário*; os §§283, 326, 354, 355, 629, 2193 ao mencionarem o termo vago *prazo razoável*; o §343 ao referir-se a multa *desproporcionadamente alta* e à *importância conveniente*; os §§351, 353, 354, 1217, 1906, 2200, relativamente às expressões *parte considerável*, *proporção considerável*, *risco considerável* e *demora considerável*; e os §§671, 696, 712, 811 e 1298, com referência ao termo *motivo ponderoso*, expressão tantas vezes cunhada pelo Código Civil alemão.

Em todas essas normas o juiz, diante de um conflito de interesses, terá de utilizar as regras de experiência subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, para definir e precisar, em cada caso concreto, o sentido e o alcance do termo vago.

Essa abertura do texto normativo não deixa de ser uma franquia à interpretação-integrativa conferida pelo próprio Código Civil alemão ao juiz, o que, em certa medida, rompe com a idéia de um sistema hermético tantas vezes ressaltado pela doutrina.

Também encontramos no BGB normas de tipo aberto em sentido lato, as quais conferem ao juiz discricionariedade para resolver certos conflitos, de forma expressa ou por intermédio da *equidade*.

Basta ver o §261 que possibilita ao juiz resolver uma alteração das fórmulas do juramento declaratório *de conformidade com as circunstâncias*; o §343 que permite ao juiz reduzir a multa *desproporcionadamente alta* por inexecução do compromisso a uma *importância conveniente*; o §1639 quanto à adoção das *medidas necessárias* para que os pais cumpram as determinações constantes das disposições de última vontade; o §1696 em relação às modificações das determinações do Juízo de Tutelas, *se achar indicável no interesse do filho*; o §1779 quanto à escolha da pessoa apropriada para o exercício da tutela; o §1825 acerca da possibilidade de o juiz conceder ao tutor autorização geral para os negócios jurídicos do pupilo; o §1995 que permite ao juiz prorrogar, *a seu critério*, o prazo para abertura do inventário; o §2224 que relega ao juiz das sucessões a resolução da divergência de opiniões entre os testamentários.

Quanto ao recurso à equidade para a solução das controvérsias, o BGB é bastante pródigo. Por diversas vezes, faz ele alusão à expressão *critério equitativo* ou *equidade* como diretriz a ser seguida pelas partes ou pelo juiz. A esse respeito, vejam-se os §§315, 317, 319, 745, 829, 847, 1382, etc.

Enfim, denota-se dessa perfunctória análise do Código Civil Alemão que não se trata de um sistema totalmente fechado, infenso à intervenção judicial nas relações privadas. Apesar de escrito em 1896,

época em que se pretendia cercear toda e qualquer liberdade judicial na criação do direito, especialmente no campo do direito privado, o BGB trouxe uma série de normas abertas dotadas de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” que possibilitaram aos Tribunais alemães a construção de interpretações ricas e atualizadas, através da inserção de valores éticos e morais vigentes em cada momento histórico-cultural.

14.2. As normas de tipo aberto no Código Civil Francês

Inspirado pelos ideais da Revolução Francesa - que procurou, entre outras coisas, reforçar a idéia de um Estado de Direito pautado pela necessidade de segurança jurídica -, o Código Civil Francês fez clara opção por uma sistema fechado, com normas jurídicas plenas de elementos definitórios.

Em decorrência da desconfiança dos legisladores franceses em relação aos juízes do *Ancien Régime*, restringiu-se a atividade jurisdicional de tal forma a não deixar margem de liberdade no processo interpretativo.

Como anota Alberto Gosson Jorge Junior²⁸⁴, citando Franz Wieacker, “o grande Código Civil da França nasceu da crença jusracionalista na lei. E assim como os outros, constitui-se num produto de atos de transformação revolucionária, onde estas novas codificações entendiam-se como pré-projetos de um futuro melhor.

²⁸⁴ Idem, p. 74.

O *Code Civil* veio exteriorizar a consciência da necessidade de uma reforma das leis civis e penais na França, retratando uma nova mentalidade inaugurada com a Revolução de 1789, mentalidade esta que se opunha ao *ancién régime* e toda sua carga de vícios e de deturpações.

Num ambiente político social em que o Judiciário vivia atrelado aos interesses da realeza e da aristocracia dominante, nada mais natural que a nova ordem jurídica buscasse uma independência do arbítrio judicial”.

Mais adiante arremata o citado autor:

“Diante dessa obsessão de um Código redigido em linguagem clara e precisa que prescindisse da intervenção dos operadores do direito, de um corpo legislativo que se pretendia ver consultado diretamente pelo cidadão comum e em que a litigiosidade andava de mãos dadas com a má-fé, nada mais coerente que as normas se caracterizassem por outorgar pouca ou nenhuma margem de liberdade ao julgador, característica reversa, que sabidamente se traduz no movimento próprio das valorações no âmbito das cláusulas gerais”²⁸⁵.

Tamanha era a preocupação em proibir a chamada criação judicial do direito que o artigo 5 do Código Civil Francês, em seu título preliminar, assim dispôs: “Fica proibido aos juízes julgar por via de disposição geral e regulamentar as causas que lhes forem submetidas”.

²⁸⁵ Idem, p.75.

Essa proibição talvez explique o porquê do acanhamento da jurisprudência francesa em relação à interpretação das normas de tipo aberto existentes no Código Civil Francês, fenômeno inverso ao que ocorreu na jurisprudência alemã. Interpretar os termos dos conceitos jurídicos vagos - que também existiam e ainda existem no Código Civil Francês, apesar da abundância das normas plenas de elementos definitórios - poderia significar “julgar por via de disposição geral”, o que traria sanções sérias ao juiz.

A demonstrar a tradição do Código Civil Francês como um sistema jurídico fechado, veja-se, por exemplo, o art. 148 do Código Civil Francês que afasta do juiz a possibilidade de resolver o dissenso entre pai e mãe quanto à autorização para casamento do filho menor. Referido dispositivo legal resolve o conflito ao estabelecer que “a diversidade de opinião importa em consentimento”²⁸⁶.

No Código Civil Alemão quem decide se há “motivo ponderoso” para recusa do consentimento de um dos representantes legais ou de ambos é o juiz de tutelas, que poderá supri-lo por sentença, mediante requerimento do pretendente. Trata-se, como se vê, de um sistema aberto, que permite ao juiz resolver o conflito a partir da interpretação-integrativa do que seja “motivo ponderoso”.

Já no Código Civil brasileiro, o art. 1517, par. único, c.c. o par. único do art. 1631, confere ao juiz discricionariedade para decidir sobre a conveniência e oportunidade em autorizar o menor a contrair matrimônio em havendo divergência entre os pais ou negação de ambos (artigo 1519/CC).

²⁸⁶ O artigo 148, já revogado, do Código Civil Francês, em sua redação original, resolvia o conflito estabelecendo que “... no caso de dissentimento, o consentimento do pai basta”.

Como anota Silvio de Salvo Venosa²⁸⁷, “O magistrado deverá analisar a motivação da denegação por ambos os pais ou por um deles ou pelos responsáveis. A recusa pode ter sido justa. Os motivos são os mais variados: o nubente tem vida pregressa irregular com condenação criminal; vício em tóxicos; homossexualismo; grave risco à saúde e à eventual prole. Importará o caso concreto e o prudente arbítrio do juiz”.

Na verdade, a lei confere ao juiz discricionariedade para decidir o conflito, buscando sempre alcançar a melhor solução, para tanto avaliando se o matrimônio é conveniente e oportuno aos interesses dos nubentes e de eventual prole.

Outro dispositivo que revela a tendência do Código Civil Francês com um sistema fechado é o art. 232 que assim dispõe, *verbis*: “Fora dos casos previstos nos arts. 229, 230 e 231 do presente Código, os juízes não podem pronunciar o divórcio, a pedido de um dos cônjuges, a não ser por excessos, sevícias ou injúrias de um para com o outro, quando esses fatos constituírem uma violação grave ou renovada dos deveres e das obrigações resultantes do casamento e tornem intolerável a manutenção do laço conjugal”.

Note-se que, diferentemente do atual sistema adotado pelo Código Civil brasileiro, que possibilita ao juiz “... considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” (art. 1573, par. único), além daqueles enumerados no *caput* do referido artigo, o *Code Civil* proíbe expressamente que o juiz crie concretamente hipóteses de dissolução do vínculo matrimonial fora daquelas previstas em lei.

²⁸⁷ *Direito civil, direito de família*, vol. VI, p. 78.

Nessa medida, pode-se dizer que o novo Código Civil brasileiro foi muito mais ousado e criativo. O que realmente importa como fundamento para a separação litigiosa é a *impossibilidade da vida em comum* e esta, por mais criativo que seja o legislador, não pode se restringir a um rol legal taxativo. A dinâmica e a complexidade das relações humanas requerem a flexibilização das hipóteses de separação litigiosa, com a introdução de normas de tipo aberto portadoras de termos vagos ou indeterminados que permitam ao juiz verificar, concretamente, as situações em que *a vida em comum se torna impossível ou insuportável*.

Cite-se como exemplo a hipótese do desamor. Se este chega ao ponto de prejudicar a harmonia e a felicidade do casal, obviamente constitui motivo de *impossibilidade da vida em comum* a ensejar a separação litigiosa dos cônjuges. Ainda que não haja violação aos deveres conjugais ou conduta desonrosa que torne insuportável a vida em comum, o desamor pode muitas vezes tornar a vida em comum um martírio, o que certamente não interessa à família e nem ao Estado preservar.

É certo que as reformas legislativas por que passou o Código Civil Francês ao logo dos seus mais de duzentos anos de vigência alteraram substancialmente essa visão hermética e jusracionalista. Normas minuciosas que procuravam regular e solucionar todo e qualquer litígio por intermédio do próprio direito positivo foram sendo substituídas por outras que, além de renunciarem a tal tarefa, ainda passaram a conferir liberdade ao juiz para decidir conflitos de interesses por intermédio de juízos de oportunidade.

Nesse sentido, o art. 219 que confere ao juiz discricionariedade para fixar as condições e a extensão dos poderes de representação de um cônjuge em relação ao outro que não esteja em condições de manifestar a sua vontade; o art. 238, parte final, quanto à fixação pelo juiz de medidas provisórias antes da citação para o divórcio, relativamente à guarda provisória dos filhos, direito de visita dos pais, pedido de alimentos. Veja-se a redação legal do citado dispositivo: “Antes de autorizar o acionante a citar, *pode o juiz, de acordo com as circunstâncias e com liberdade de estabelecer as medidas provisórias necessárias ...*”.

Da mesma forma o art. 240 do Código Civil Francês, já com a redação atualmente em vigor: “*O tribunal pode, seja a pedido de uma das partes interessadas, seja a pedido de um dos membros da família, seja por requisição do ministério público, seja mesmo ‘ex officio’, ordenar todas as medidas provisórias que lhe parecerem necessárias no interesse dos filhos*”.

Os dispositivos legais acima mencionados não continham igual previsão quando editados originariamente em 1804. Ao contrário, nem mesmo cogitavam em conceder tamanho poder ao juiz, a ponto de possibilitar-lhe determinar as “medidas provisórias que lhe parecerem necessárias” até mesmo *ex-officio*.

Alberto Gosson Jorge Junior²⁸⁸ alude, ainda, a outro exemplo de norma aberta, prevista no §2º. do art. 1152 do Código Civil Francês, com a redação dada pelas Leis ns. 85-1097, de 11 de outubro de 1985 e 75-597, de 9 de julho de 1975, “o qual permite ao juiz, até mesmo de ofício,

²⁸⁸ *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 75.

reduzir ou aumentar a cláusula penal, desde que entenda ter sido ela estipulada pelas partes em quantia manifestamente excessiva ou irrisória”, além daquela que privilegia o *interesse do menor*, determina atenção ao *comportamento médio do consumidor*, questiona o *dano previsível* a que alude o art. 1.150 e enfatiza o papel desempenhado pelo §3º. Do art. 1134, o qual determina que os contratos devem ser concluídos e executados de acordo com a boa-fé, ditame estendido pela jurisprudência francesa ‘a tutti gli accordi’, segundo Philippe Delebecque.

De tudo quanto se viu, denota-se que mesmo num Código Civil elaborado em 1804, com base na crença jusracionalista do império da lei, não conseguiu o legislador livrar-se completamente das normas abertas caracterizadas por termos vagos ou indeterminados e até mesmo daquelas que expressamente concedem ao juiz poder para resolver conflitos segundo juízos de oportunidade.

14.2. As normas de tipo aberto no Código Civil Italiano

Talvez seja o Código Civil italiano o que mais se aproxime do Código Civil brasileiro de 2002 quanto ao que denominamos neste estudo de *judicialização do direito privado*. Além da coincidência de algumas normas caracterizadas por termos vagos, em especial no campo do direito das obrigações, nota-se a existência em todos os livros do Código Civil italiano de diversas normas de tipo aberto em sentido lato, que permitem ao juiz decidir segundo juízos de oportunidade.

Bem ao contrário dos movimentos positivistas e jusracionalistas franceses, o Código Civil da Itália, apesar da pecha que carregou

por muitos anos como um código fascista²⁸⁹, mostrou-se bem mais aberto à interferência do juiz na solução dos conflitos. Com a introdução de normas de tipo aberto em sentido lato, conferiu-se ao juiz discricionariedade para decidir os conflitos de direito privado sem recurso a um modelo legal predeterminado. Afastou-se, pois, o legislador, propositadamente, da tarefa hercúlea de regular abstratamente todas as situações de conflito por meio do próprio direito positivo.

Já vimos que nas normas de tipo aberto em sentido lato o juiz decide com certa margem de liberdade para encontrar *in concreto* a solução que melhor atenda à finalidade legal. A solução não está prevista abstratamente em um modelo legal e, por isso, inexistente processo subsuntivo.

No Código Civil italiano encontramos diversas normas dessa natureza no Direito de Família. Veja-se, por exemplo, o art. 54 do Código Civil italiano ao permitir que o tribunal disponha acerca do uso e do emprego das rendas dos bens do ausente recebidas pelos ascendentes, descendentes ou cônjuge imitados em sua posse; o art. 156 ao regular os efeitos da separação judicial, cuja redação merece ser transcrita: “Se a sentença de separação for pronunciada por culpa de ambos os cônjuges, cada um deles incorre nas perdas indicadas na alínea 2, e o tribunal, *de acordo com as circunstâncias, adota as disposições oportunas relativamente ao usufruto legal*”

²⁸⁹ Como anota José Frederico Marques, “A princípio, continham-se nos artigos do Código, alguns conceitos de nítida inspiração ‘fascista’ (muitos dos quais ‘più che altro formale e retorica’, - como disse Trabucchi). Deles se expurgou a legislação assim codificada, com o decreto legislativo ‘luogotenenziale’, no. 287, de 14 de setembro de 1944. Não se pense, porém, que o regime totalitário tenha influenciado estruturalmente na confecção e diretrizes do novo Código. Muito superficial e epidérmica – como demonstrou Calamandrei – foi essa influência, pois que, na realidade, as inovações introduzidas no Direito privado italiano, com a atual codificação, provém, principalmente, de aperfeiçoamentos técnicos que os grandes juristas peninsulares haviam planejado, sob pura orientação de ordem científica, e dos quais se apropriou o regime ‘fascista’, sem, no entanto, os haver desnaturado” (Prefácio ao Código Civil Italiano, traduzido por Souza Diniz, Rio de Janeiro: Record, 1961).

(grifo nosso); o art. 202 que confere à autoridade judiciária a faculdade de ordenar a separação do dote quando a separação for pronunciada por culpa de ambos os cônjuges; o art. 303 ao conferir ao juiz de tutelas o poder de até mesmo *ex officio*, no caso de cessação do pátrio poder, “tomar as *providências oportunas* acerca do cuidado com a pessoa do adotado, a sua representação e a administração dos seus bens, mesmo, se *julgar conveniente*, determinar que o exercício do pátrio poder seja retomado pelos progenitores”; o art. 307 que permite ao juiz “tomar as *providências oportunas*” quanto ao cuidado com a pessoa do menor quando houver revogação da adoção por indignidade; o art. 314 ao prever que a autoridade judiciária pode ordenar a publicação da decisão que pronuncia a adoção ou da sentença de revogação, “do modo que julgar *oportuno*”; o art. 333 que possibilita ao tribunal, em caso de decadência (perda) do pátrio poder, adotar, segundo as circunstâncias, “as *providências convenientes* aos interesses do filho”; o art. 336 ao estabelecer que “Nos casos urgentes, pode o juiz de tutelas adotar também ‘*ex-officio*’ *providências provisórias* no interesse do filho, submetendo-as ao ministério público”; o art. 340 ao prever que “O tribunal, a pedido do ministério público ou dos parentes, ou mesmo ‘*ex-officio*’, *desde que não julgue oportuno* readmitir a mãe na administração dos bens, deliberar sobre as condições a observar para a educação dos filhos e sobre a nomeação de um curador para os seus bens”; o art. 354 ao dispor que o juiz de tutelas tem “a *faculdade de nomear* um tutor para o menor quando a natureza ou a importância dos bens, ou outras circunstâncias, o exigirem”; o art. 361 quanto à adoção, pelo juiz de tutelas, das providências urgentes que podem ser necessárias para atender aos cuidados com o menor ou para conservar ou administrar o patrimônio”; e o art. 443 quanto ao modo de prestar alimentos.

Também no Direito das Sucessões, o Código Civil italiano é pródigo em atribuir discricionariedade ao juiz na solução de vários conflitos ou situações. Vejamos, por exemplo, o art. 481 que atribui à autoridade judiciária discricionariedade para fixar o prazo dentro do qual o chamado à herança declare se aceita ou renuncia a herança; o art. 488 quanto à prorrogação do referido prazo; o art. 639 ao prever que o juiz poderá “*quando julgar oportuno*, impor ao herdeiro ou ao legatário a prestação de garantia idônea a favor daqueles aos quais a herança ou o legado deverá ser atribuído no caso de verificar-se a condição”; o art. 715 que possibilita à autoridade judiciária “autorizar a partilha tomando as *precauções oportunas*”; e o art. 721 ao prever que “Os pactos e as condições da venda dos imóveis, desde que não sejam combinados concordantemente pelos copartilhantes, *serão estabelecidos pela autoridade judiciária*”.

Também no capítulo sobre o Direito de Propriedade não se afastou o Código Civil da Itália das normas abertas em sentido lato. Exemplos dessas normas são encontrados no art. 985 quanto à faculdade de o juiz determinar o parcelamento da indenização devida ao usufrutuário pelos melhoramentos que subsistirem no momento da restituição da coisa; no art. 1000 quanto à decisão do juiz sobre o modo de aplicação de importâncias que representam o capital gravado de usufruto, em não havendo acordo entre as partes; no art. 1099 que assim dispõe: “O proprietário do imóvel sujeito à servidão dos escoamentos e dos remanescentes de água, pode sempre liberar-se de tal servidão, mediante a concessão e a assegução, ao prédio dominante, de certa massa de água viva cuja quantidade *é determinada pela autoridade judiciária tendo em conta todas as circunstâncias*”; nos arts. 1151 e 1152 quanto ao parcelamento, pelo juiz, da indenização devida ao possuidor de má-fé pelas despesas feitas com reparações extraordinárias e à fixação de

garantias oportunas; no art. 1171 quanto à determinação pelo juiz das *cautelae oportunas* em caso de embargo ou permissão de prosseguimento da obra nova; e no art. 1172 quanto à fixação pelo juiz da garantia idônea para eventuais danos causados em caso de acolhimento da denúncia de dano temido.

No Direito das Obrigações, igualmente encontramos no Código Civil italiano normas que permitem ao juiz agir segundo juízos de oportunidade, as quais denominamos neste trabalho de normas de tipo aberto em sentido lato, de que são exemplos o art. 1183 quanto à fixação pelo juiz de prazo para execução da prestação em não havendo acordo entre as partes; os arts. 1286 e 1287 quanto à escolha pelo juiz do objeto da prestação nas obrigações alternativas, quando não for ela feita pelas pessoas designadas no prazo marcado; o art. 1331 em relação à fixação pelo juiz de termo para aceitação da proposta; o art. 1349 ao prever que o juiz poderá determinar a prestação objeto do contrato quando a determinação feita pelo terceiro for manifestamente iníqua ou errônea; o art. 1384 quanto à possibilidade de redução eqüitativa pelo juiz da penalidade prevista em contrato, em sendo a obrigação realizada em parte; e o art. 1436 em relação à prudente avaliação pelo juiz das circunstâncias determinantes da anulação do contrato.

No que toca à eqüidade, o Código Civil italiano contém diversas normas determinando sua aplicação como critério de solução dos conflitos. Tais normas também permitem ao juiz decidir segundo juízos de oportunidade, conforme já tivemos a oportunidade de salientar no Capítulo 6.3.1. Estão elas, *v.g.*, no art. 379 ao referir-se a uma *indenização eqüitativa*; no art. 963 em relação à expressão *eqüitativa redução*; no art. 1384 quando diz que a penalidade pode ser *diminuída eqüitativamente*; no art. 1447 que faz referência ao termo *eqüitativa compensação*; no art. 1450 ao aludir à própria *eqüidade*; e

no 1467 no que toca à possibilidade de a parte oferecer-se a modificar *equitativamente* as condições do contrato.

Tudo isso evidencia que o vigente Direito Privado italiano não se enclausurou em fórmulas rígidas predeterminadas, como o fizera nosso Código Civil de 1916, optando pela flexibilização e abertura de diversas normas, seja por intermédio de cláusulas gerais (ou normas caracterizadas por termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados), seja por meio de normas que permitem ao juiz decidir segundo juízos de oportunidade.

Outra característica do Código Civil italiano ressaltada pela doutrina é a sua orientação acentuadamente coletivista. Como aduz Souza Diniz²⁹⁰, “o moderno Código Civil Italiano, que, aos dois anteriores, se opõe pela sua orientação acentuadamente coletivista, orientação que, por sua influência ou não, se vai fazendo sentir, e cada vez mais, nas obras legislativas recentemente publicadas, particularmente no Código Civil Helênico”.

“Foi no Direito de Família que esta concepção coletivista se fez compreendida mais cedo: a inderrogabilidade, por convenções particulares, da maior parte das suas normas, bem deixava perceber que não é o interesse do indivíduo que aí se procura proteger, mas o da coletividade da qual é ele somente parte. Se o divórcio, por exemplo, não deve ser admitido, embora, na verdade, fosse uma solução para a pouco feliz vida doméstica de Pedro ou de Paulo, é porque se reconhece que a família monogâmica é a base de toda a estrutura social perfeita, rígida, inquebrantável. Tão forte a idéia coletivista aqui se faz sentir que alguns pretenderam fosse o Direito de Família considerado como ramo do Direito Público... Outros se contentaram em falar em normas de

²⁹⁰ Notas introdutórias do tradutor ao Código Civil Italiano, Rio de Janeiro: Record, 1961.

ordem pública... Se, no Direito das Sucessões, outro exemplo, é reconhecido um direito hereditário aos mais próximos parentes do ‘de cujus’, é porque se admite que o indivíduo, bem certo de deixar o que é seu aos seus, mais produz, no seu interesse, pelo seu próprio julgar e sem dúvida, mais muito mais no interesse coletivo. Se, no Direito das Coisas, mais um exemplo ainda, a propriedade é reconhecida, é porque, do solo que é seu, admite-se, retira o homem muito mais do que retiraria de um solo do Estado ou chamado de todos, e retiraria no seu interesse, sem dúvida, mas muito mais no interesse coletivo pois assim se acha aumentada a riqueza global”²⁹¹.

E, por fim, conclui Souza Diniz, como que num exercício de futurologia do que seria nosso Código Civil de 2002:

“É essa orientação que há de ser imposta, queiramos ou não, ao nosso futuro Código de Direito Privado: o homem não tem direitos pelo simples fato de ser homem e a ordem social não foi estabelecida para que esses direitos pudessem ser exercidos o mais amplamente possível; o homem tem é obrigações para com a sociedade na qual vive e os direitos que lhe são concedidos devem ser exercidos no interesse da própria sociedade que os concede”²⁹².

É a orientação adotada pelo atual Código Civil brasileiro em pontos chaves do sistema: o art. 421 ao tratar da função social do contrato e o art. 1228, §1º ao dispor que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.

²⁹¹ Idem, *ibidem*.

²⁹² Idem, *ibidem*.

O curioso é que o Código Civil italiano veda ao juiz, na aplicação da lei, “atribuir outro sentido além daquele evidenciado pela significação própria das palavras, segundo a sua conexão, e pela intenção do legislador” (art. 12 das Disposições sobre as leis em geral), mas contém ao longo de suas disposições sobre o Direito de Família, das Sucessões, Propriedade, das Obrigações e dos Contratos diversos termos vagos cuja significação somente é alcançada por meio da axiologia e das regras de experiência.

Vejam-se, nesse sentido, o art. 23 que possibilita a suspensão das deliberações contrárias à *ordem pública* ou aos *bons costumes*; o art. 382 ao referir-se ao dever de o tutor agir com a *diligência de um bom pai de família*; o art. 694 que possibilita ao juiz consentir na alienação dos bens que formam o objeto da substituição fideicomissária em caso de *utilidade evidente*; o art. 715 que possibilita ao juiz autorizar a partilha em caso de herdeiro concebido ou na pendência de ação sobre a legitimidade da filiação, tomando as *precauções oportunas*; o art. 718 ao prever que o juiz pode suspender a partilha quando sua imediata execução possa causar *notável prejuízo*; o art. 742 ao referir-se às despesas com enxoval para as núpcias que excedam, *notavelmente, à medida ordinária*; o art. 783 que se refere à expressão *módico valor*; o art. 801 que prevê a revogação da doação por ingratidão quando o donatário causar *grave prejuízo* ao patrimônio do doador; o art. 843 ao prever a obrigatoriedade de o vizinho pagar uma *indenização conveniente* ao proprietário do imóvel que teve de permitir a entrada e a passagem quando necessário para construção ou reparação de muro ou outro trabalho próprio do vizinho ou mesmo comum; o art. 844 ao prever que o proprietário de um imóvel não pode impedir a intromissão de fumaça ou de calor, as exalações, os rumores, os abalos e propagações semelhantes oriundas do imóvel vizinho, desde que não excedam à

normal tolerabilidade, tendo em atenção as condições do lugar; o art. 963 ao referir-se às expressões *parte considerável* do imóvel e *equitativa redução* relativamente ao perecimento total ou parcial do imóvel enfitêutico; o art. 997 que se refere ao termo vago *razoável indenização*; os arts. 1001 e 1176 que novamente fazem referência à *diligência de um bom pai de família*; o art. 1175 o qual diz que o devedor e o credor devem-se comportar de acordo com as *regras da honestidade*; os art. 1343 e 1354 que fazem menção aos termos vagos *ordem pública* e *bons costumes* quando tratam da ilicitude da causa do contrato e das condições ilícitas; os arts. 1337, 1366 e 1375 ao se referirem à *boa-fé* no desenvolvimento das negociações, na formação, interpretação e execução dos contratos.

Em relação à boa-fé objetiva, prevista no 1375 do Código Civil da Itália, salienta Massimo Bianca, citado por Judith Martins-Costa²⁹³: “Ainda que referida ao momento executivo, a boa-fé conserva a sua função de integração da relação. A tese segundo a qual a boa-fé não integraria o contrato, mas serviria tão-só para corrigir o rigoroso juízo de formal conformidade do comportamento à lei, não pode ser compartilhada. Ainda que aplicada na fase da atuação do contrato, a boa-fé é sempre uma regra objetiva que concorre para determinar o comportamento devido”.

“A jurisprudência italiana fornece um bom exemplo desta particular atuação da boa-fé. Em certo caso, comentado por Giovanni Maria Uda, o empresário A, locatário de três prédios de propriedade da sociedade B, onde exercitava a sua atividade comercial, cedeu, em conformidade com expressa previsão, o contrato de locação juntamente com o negócio, comunicando o fato à entidade locadora, que deveria, em certo prazo,

²⁹³ *A boa-fé no direito privado*, p. 429.

apor a sua concordância. Esta, por sua vez, pediu ao locatário-cedente uma cópia do ato de cessão do negócio, não se manifestando, contudo, nem positiva nem negativamente, no prazo peremptório determinado pela lei. Findo o prazo retroaludido, o locatário-cedente solicitou à locadora que efetuasse a chamada ‘volutazione’ do contrato de locação, ato necessário para permitir ao cessionário a obtenção da competente autorização administrativa para o efeito de proceder, este, ao exercício da atividade comercial.

Contudo, a sociedade locadora recusou-se a efetuar o ato de traspasse, mediante a devida inscrição notarial (‘volutazione’), alegando não ter obrigação de concedê-la, segundo interpretação de regra legal, uma vez que não havia consentido com o negócio. Impossibilitada, assim, a obtenção da autorização administrativa para o exercício comercial, o cessionário e o cedente renunciaram a dar execução ao contrato de cessão da locação e do negócio. Imediatamente, o locatário deixou o prédio, dando por rescindida a locação. Em conseqüência, a sociedade locadora postulou em juízo o pagamento de aluguéis vincendos e indenização pelos custos das obras de retomada do prédio, bem como o ressarcimento dos danos causados pela extinção antecipada do contrato de locação. Em via reconvenicional, o locatário pediu a restituição do *quantum* referente ao depósito caucional e a indenização por danos resultantes da frustração do contrato de cessão. A Corte de Cassação acolheu, por fim, o pedido reconvenicional, pelos seguintes fundamentos:

‘Os deveres de correção e de boa-fé (arts. 1175 e 1375, CC), como requisito da conduta, constituem um dos pontos cardeais da disciplina convencional e legal de cada particular relação obrigacional, seja no que concerne às obrigações principais, seja no que concerne às obrigações colaterais de cooperação e proteção dos recíprocos interesses econômicos; daí

decorre que a mera inércia consciente e voluntária, que seja obstáculo à satisfação do direito da contraparte, repercutindo negativamente no regulamento negocial e legal dos interesses (contratuais), contrasta com os aludidos deveres de correção e boa-fé e pode configurar inadimplemento”²⁹⁴.

Ainda no campo da boa-fé, salienta Alberto Gosson Jorge Junior²⁹⁵, que “... o direito italiano prevê a responsabilidade por ruptura injustificada das negociações preliminares dando margem à responsabilidade pré-contratual. Nesse sentido o art. 1.337 é encarado pela doutrina como cláusula geral, dispondo que as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”.

Referido autor traz, ainda, opinião interessante de Pietro Rescigno, “no sentido de que os juízes italianos teriam empreendido uma fuga *das* cláusulas gerais, ao inverso da magistratura germânica, que teria optado por uma fuga *nas* cláusulas gerais”. Em citação original: “Deve condividersi in larga misura il giudizio secondo il quale i giudici italiani, ed in particolari la Cassazione, abbiano finito per muoversi nela direzioni di uma fuga *dalle* ‘clausole generali’, in senso inverso alla fuga *nelle* clausole generali che connotò la giurisprudenza tedesca, censurata come pericolosa ed apertamente denunciata intorno agli anni 30”²⁹⁶.

Seja como for, é inegável que o Código Civil da Itália resgatou a confiança do legislador em relação aos juízes ao introduzir no Direito Privado normas abertas que permitem a interpretação-integrativa por intermédio de vários termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados em

²⁹⁴ Idem, pp. 440-442.

²⁹⁵ *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 68.

²⁹⁶ Idem, p. 67.

consonância com a realidade sócio-cultural, além de permitirem a criação judicial do direito por meio da aplicação de juízos de oportunidade expressamente autorizados pela norma ou através da equidade.

CONCLUSÕES

1. Com o advento do novo Código Civil rompeu-se com o dogmatismo jurídico do século passado. A crença jusracionalista no império da lei foi substituída pela judicialização do direito privado, através da qual o juiz é chamado a resolver os conflitos de interesses por meio de normas abertas, caracterizadas por termos de conceitos jurídicos vagos ou por conferirem ao juiz o poder de colmatá-las de acordo com juízos de oportunidade.

2. Enquanto as normas de tipo cerrado caracterizam-se pela plenitude de elementos definitórios, diminuindo sobremaneira o esforço interpretativo no processo de subsunção, as normas de tipo aberto são dotadas de termos de conceitos jurídicos vagos cuja interpretação-integrativa requer do juiz grande esforço interpretativo no processo subsuntivo, com a utilização das regras de experiência e da axiologia. Também diferem as normas de tipo cerrado das normas de tipo aberto em sentido lato – que não se confundem com as normas abertas caracterizadas por termos de conceitos jurídicos vagos - pela margem de liberdade atribuída ao juiz. Nestas, o juiz tem considerável margem de liberdade para aplicá-las, valendo-se de juízos de conveniência e oportunidade. Naquelas, o aplicador atua segundo um juízo de legalidade estrita, não lhe reservando o sistema jurídico praticamente nenhuma liberdade no processo de interpretação-subsunção. Além disso, nas normas de tipo cerrado e de tipo aberto caracterizadas por termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, o juiz utiliza-se de processo subsuntivo, enquanto nas normas de tipo aberto em sentido lato não há subsunção, pois inexistente um modelo legal ao qual o juiz possa subsumir os fatos.

3. Da análise das normas abertas existentes no novo Código Civil podemos classificá-las em: 1) *normas de tipo aberto caracterizadas por termos vagos ou indeterminados*, as quais se subdividem em a) *normas com vagueza comum* e b) *normas com vagueza socialmente típica*; e 2) *normas de tipo aberto em sentido lato*, enquadrando-se nessa categoria: a) *as que conferem liberdade ao juiz para decidir segundo um juízo de oportunidade* e b) *as que conferem liberdade ao juiz para decidir por equidade*.

Normas de tipo aberto caracterizadas por vagueza comum são aquelas em que o juiz, para colmatá-las, utiliza-se das regras de experiência subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. São exemplos de termos que definem tais normas: *despesas ordinárias, acesso difícil ou perigoso, iminente risco de vida, obrigação excessivamente onerosa, dano considerável, diminuição considerável de valor, prestação manifestamente desproporcional, extensa área, considerável número de pessoas, diminuto valor, imóvel que mais e facilmente se prestar à passagem*.

Em relação às normas de tipo aberto cujos termos dos conceitos jurídicos são caracterizados por vagueza socialmente típica, sua colmatação se faz recorrendo-se aos valores encontráveis no ambiente social. Por outras palavras, deve o juiz se deixar orientar pelas concepções éticas e morais vigentes. Possuem essa natureza, exemplificativamente, as normas jurídicas com os seguintes termos: *finalidades econômicas e sociais, justa causa, bons costumes, boa-fé, motivo de ordem econômica, função social do contrato*.

Tanto nas normas com vagueza comum como naquelas com vagueza socialmente típica, há, segundo pensamos, processo subsuntivo, já que o juiz, ao realizar a interpretação-integrativa e a adaptação dos fatos à norma, vale-se de regras, princípios e *standards* que lhe permitem chegar à solução correta. Esse processo integrativo, interpretativo, subsuntivo e de aplicação das normas

abertas opera-se, portanto, de acordo com um juízo de legalidade e não de oportunidade.

Já quanto às normas que neste trabalho denominamos *de tipo aberto em sentido lato*, há expressa delegação legal para que o juiz atue segundo um juízo de oportunidade. Caracterizam-se tais normas exatamente por conferirem ao juiz discricionariedade na sua aplicação. Nelas inexistem um modelo legal ao qual se possa subsumir os fatos. São exemplos dessa espécie de norma o art. 21 do Código Civil, o qual possibilita ao juiz adotar as *providências necessárias* para impedir ou fazer cessar ato contrário à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural; o art. 29 que possibilita ao juiz, antes da partilha, *quando julgar conveniente*, ordenar a conversão dos bens móveis, sujeitos à deterioração ou a extravio, em imóveis ou em títulos garantidos pela União; o art. 252, §§3º e 4º quanto à escolha do objeto da prestação, etc.

Ainda dentro dessa categoria de norma aberta enquadraremos aquelas que conferem *liberdade ao juiz para decidir por equidade*. Nestas o aplicador também age de acordo com um juízo de oportunidade, escolhendo, entre as soluções possíveis, a que lhe pareça mais justa e que melhor atenda à finalidade da norma.

4. A colmatação das normas abertas previstas no novo Código Civil se faz através do que denominamos de *interpretação-integrativa*, na qual a integração funcionaria como um *prius* em relação à interpretação. Assim, ao aplicar uma norma aberta o juiz, primeiramente, a integra (= preenche) os termos vagos dela constantes, valendo-se das regras de experiência, da axiologia e dos princípios gerais do direito, para, em seguida, interpretá-la à luz dos fatos que se lhe apresentam. Importante salientar, todavia, que não obstante seja a integração um *prius* em relação à interpretação, não há como dissociá-las no momento da *aplicação* da norma.

Relativamente às *normas de tipo aberto em sentido lato* também há uma espécie de *interpretação integrativa*. Nesses casos, embora esteja o juiz livre para escolher entre as soluções possíveis a que *melhor* se afeioe ao caso concreto e ao sistema jurídico como um todo, há também processo interpretativo, pois o aplicador deve desvendar o sentido e o alcance *dos fatos* que se lhe apresentam e verificar se aquela norma tem *incidência* sobre eles. Deve, inclusive, investigar se tais fatos correspondem realmente à hipótese normativa que lhe defere o poder de agir discricionariamente. Isso não significa, no entanto, que realiza processo subsuntivo. As normas de tipo aberto em sentido lato não contêm um *modelo legal* no qual possa o juiz subsumir os fatos. A interpretação integrativa que aqui é exigida não objetiva a subsunção, mas apenas a verificação da *incidência* ou não da norma aos fatos.

5. Em nosso entendimento, existe poder discricionário judicial sempre que norma jurídica válida houver atribuído ao juiz, de forma expressa, certa margem de liberdade para escolher, diante de um conflito de interesses ou de uma determinada situação concreta, a solução que melhor atenda à finalidade objetivada pela norma. Não é, portanto, qualquer conflito de interesses ou qualquer situação jurídica concreta que enseja tal discricionariedade. Também não é o fato de a norma conter “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” que ensejará a atuação discricionária do juiz. O que irá definir a existência ou não do poder discricionário judicial é *a lei* que, em determinadas hipóteses, por ser impossível regular em abstrato a solução legal ou desaconselhável estabelecer previamente a solução, ante as peculiaridades de cada caso, prefere atribuir ao juiz a discricção de optar, caso a caso, pela solução que melhor atenda à finalidade almejada pela norma. Logo, apenas poderá o juiz atuar segundo um juízo de oportunidade, na medida em que norma jurídica válida a ele atribuir expressamente tal poder.

Por isso é que, em relação às normas abertas caracterizadas por termos de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados é impróprio falar-se em discricionariedade judicial na interpretação-integrativa. Em tais casos, o juiz está vinculado a um juízo de legalidade, devendo observar, no processo integrativo-interpretativo-subsuntivo, regras, princípios, valores e *standards* que apontam para a única solução correta.

De outro lado, quanto às normas de tipo aberto em sentido lato, há discricionariedade judicial na interpretação-integrativa e na aplicação, porquanto a lei, expressamente, delega ao juiz liberdade para escolher, entre as soluções possíveis, a que melhor se afeiçoe à sua finalidade. Nelas o juiz atua de acordo com um juízo de oportunidade e não de legalidade.

6. Mesmo quando a lei atribui ao juiz o poder discricionário para aplicar determinadas normas abertas, não tem ele plena liberdade, desvinculada de qualquer parâmetro existente no sistema jurídico. Liberdade plena, sem restrições ou regras de comportamento, não é discricionariedade, mas arbítrio, o que é absolutamente incompatível com a idéia de Estado de Direito e mesmo com o próprio exercício de qualquer função pública, sobretudo de caráter jurisdicional.

Distingue-se, pois, a discricionariedade da arbitrariedade. Enquanto nesta há plena liberdade no agir, sem vínculos ou parâmetros de qualquer ordem, naquela há uma margem de liberdade circunscrita às soluções possíveis comportadas e objetivadas pela lei. Discricionariedade significa poder de escolha pautado pela finalidade desejada pela lei. A arbitrariedade, de outro lado, é poder de escolha segundo a vontade do agente.

Impróprio, portanto, falar-se em “prudente arbítrio”, pois o que é arbitrário jamais pode ser prudente. A prudência é uma qualidade de quem age com

moderação, comedimento, buscando evitar tudo o que acredita ser fonte de erro ou de dano. Quem age de forma arbitrária não tem nenhum desses qualificativos. O que se diz ser “prudente arbítrio” do juiz constitui, no mais das vezes, mero exercício de poder discricionário, sujeito a limites e ao controle de sua legitimidade, mormente quanto a eventual abuso de poder ou desvio da finalidade objetivada pela lei.

7. Na concreção judicial das normas de tipo aberto previstas no novo Código Civil está o juiz, segundo pensamos, adstrito a critérios e/ou parâmetros que o próprio sistema jurídico oferece. Tais critérios e/ou parâmetros são necessários para que as decisões judiciais fundadas nas normas abertas tragam alguma previsibilidade e, conseqüentemente, maior segurança jurídica.

8. Os critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por termos de conceitos jurídicos com *vagueza comum* são as regras de experiência subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Por intermédio destas, o juiz parte de noções sobre uma série de acontecimentos semelhantes para chegar à conclusão de que, se as coisas costumam apresentar-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.

9. Quanto às normas de tipo aberto caracterizadas por termos de conceitos jurídicos com *vagueza socialmente típica*, têm-se como critérios e/ou parâmetros para a concreção judicial a axiologia, os *standards* e os princípios gerais do direito. Assim, deve o juiz verificar as concepções éticas e morais vigentes, as quais traduzem os valores incorporados na sociedade em dado momento histórico. Além disso, deve também observar as fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade aos termos

dos conceitos jurídicos vagos ou indeterminados (*standards*) e os princípios gerais do direito, os quais funcionam como uma espécie de idéia *matriz* (original) e *motriz* (que movimenta o sistema jurídico).

10. Em relação às normas de tipo aberto em sentido lato, assim entendidas aquelas que conferem discricionariedade ao juiz na sua concreção judicial, igualmente está o juiz adstrito a *standards* e princípios gerais do direito, os quais lhe permitem encontrar a solução que melhor atenda à finalidade objetivada pela norma. Nessa concreção judicial tem papel importante a argumentação *Tópica*. É que, como os *standards* variam caso a caso e não sendo possível uma escolha prévia sobre qual deve nortear *in concreto* a decisão, há de se testar os valores ou princípios em tese aplicáveis ao problema apresentado para, em seguida, examinar as premissas construídas e identificar a que conduz à melhor solução para o caso concreto.

11. O princípio da proporcionalidade tem aplicação como critério para a concreção judicial das normas de tipo aberto caracterizadas por vagueza socialmente típica e por juízos de oportunidade. Quanto às normas abertas portadoras de “conceitos jurídicos vagos ou indeterminados” com vagueza comum, funciona o princípio da proporcionalidade como um método de concreção judicial que permite ao juiz eleger um entre dois ou mais valores ou princípios jurídicos em conflito para que possa então, através do processo subsuntivo, encontrar a única solução possível no caso concreto. Já quanto às normas que permitem ao juiz agir segundo um juízo de oportunidade, o princípio da proporcionalidade funciona como um critério de ponderação entre os valores ou princípios conflitantes para que o juiz possa encontrar, entre as soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade da norma.

12. Além dos critérios e/ou parâmetros que objetivam trazer alguma previsibilidade na concreção judicial das normas de tipo aberto, procuramos também demonstrar que nessa atividade do juiz também existem limites cuja extrapolação torna ilegítima a concreção judicial. São eles: o princípio da legalidade, da segurança jurídica e da razoabilidade.

13. A controlabilidade da concreção judicial das normas abertas se faz por meio da exigência de motivação racional do *decisum* e do dever de prova, isto é, o dever de justificar a solução adotada, de forma racional e lógica.

14. A identificação dos vícios que podem ocorrer na concreção judicial das normas abertas permite-nos também exercer o controle sobre sua juridicidade. Utilizando-nos da classificação de Alexy, identificamos os vícios do resultado e do processo. Nestes, encontramos os vícios da fundamentação e da motivação. Identificamos, ainda, os vícios jurídico-ordinários, os quais se subdividem em vícios de infração contra o texto da norma que concede o poder discricionário e os vícios de infração contra a finalidade da norma que concede o poder discricionário ou que contém termos vagos ou indeterminados; e os vícios jurídico-constitucionais. Por fim, classificamos os vícios que podem ocorrer na concreção judicial em vícios da subsunção e vícios da ponderação e, dentre estes, os vícios de falta de ponderação, de *déficit* de ponderação e de desproporção de ponderação.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005.
- ALEXY, Robert. *Vícios no exercício do poder discricionário*, Revista dos Tribunais, vol. 779, pp. 11-46.
- ALLENDE, Guillermo L.. *Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. Revista dos Tribunais, vol. 132, p. 7.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2ª. ed., vol. I, São Paulo: Max Limonad, 1952.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 3ª. ed., Coimbra: Armênio Amado, Coleção Studivm, 1978.
- ARAGON, Manuel. *Constitución y Democracia*. Madrid: Tecnos, 1990.
- ARISTÓTELES. *A justiça em Aristóteles*. Trad. por Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988.
- _____. *A discricionariedade administrativa e o controle judicial*. Direito Processual Público. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Direito das coisas, no prelo*.
- _____. *Tratado de direito processual*. 2ª. ed., vols. 1 e 2, São Paulo: RT, 1990.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed., vol. 1, São Paulo: RT, 1996.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª. ed., São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª. ed., São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Limites à chamada "discricionariedade" judicial*. Revista de Direito Público, vol. 96, p. 156, 1990.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Almedina, 1968.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Trad. por Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª. ed., 4ª. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 12ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos; MARCATO, Antonio Carlos, Coord. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros: São Paulo, 1994.
- CARMAGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3ª. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar: 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª. ed., trad. por A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Calouste Gulbenkian: 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. por Carlos Alberto A. de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- _____ e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. por Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. por Antônio Carlos Ferreira, São Paulo: Lejus, 2000.
- CASTANHEIRA NEVES. *Questão de facto – Questão de direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do poder discricionário*. Revista de Direito Administrativo, vol. 101, pp. 1-23.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de direito comercial*. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2004.
- CONSOLO, Cláudio e LUISO, Francesco Paolo. *Codice di procedura civile commentato*. IPSOA, 1997.
- CORDEIRO, António Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas atuais*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. por Benedicto Giacobini, Campinas, São Paulo: RED Livros, 1999.
- _____. *Interpretação das leis processuais*. 4ª. ed., Trad. por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2ª. ed., São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *As lacunas no direito*, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª. ed., trad. por J. Baptista Machado, Lisboa: Calouste Gulbenkian: 1996.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de princípios constitucionais*. 2ª. ed., São Paulo: RT, 2002.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3ª. ed., trad. por Manuel A. Domingues de Andrade, Coimbra: Armênio Amado, Coleção Stvdivm, 1978.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 14ª. ed., Rio de Janeiro: Forense.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vols. I, II e III, São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade (O princípio da tipicidade dos direitos reais)*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª. ed., São Paulo: RCS Editora, 2005.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª. ed. trad. da 5ª. Alemã. Lisboa: Fundação Calouste Guebekian, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Do arbítrio à razão*. Revista de Processo, vol. 29, 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. Trad. por Vera M. Jacob de Fradera, São Paulo: RT, 1998.
- LUZZATI, Cláudio. *La vaghezza delle norme: un' analyse del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *As regras da experiência comum na formação do juiz*. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 17, pp. 59-75, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1ª. ed., 2ª. tiragem, São Paulo: RT, 2000.
- MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias de. *Estatuto da cidade - Comentários*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 7ª. ed., São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª. ed., 2ª. tiragem, Brasília-DF: Brasília jurídica, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, Direito das coisas*. 28ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. por Pedro Vieira Mota, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Temas de direito processual, 2ª. Série, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Estudos em homenagem ao professor Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Ed. Civitas S/A, 1976.
- MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 5ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NALINI, José Renato. Coord. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT, 1994.

- _____. *O juiz do novo Código*. Artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 13.1.2004 e na revista *Magistratura-Interação*, edição de fevereiro de 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª. ed., São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 6ª. ed., São Paulo: RT, 2004.
- ORIONE NETO, Luiz. *Tratado das liminares*. Vol. I, São Paulo: Lejus, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- RASELLI, Alessandro. *Il potere discrezionale del giudice*. Milão: Giuffrè, 1975.
- _____. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, 1927.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODÓ, L. Lopes. *O poder discricionário da administração – evolução doutrinária e jurisprudencial*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 35, pp. 40-47.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, trad. da 6ª. edição italiana, por Paolo Capitanio, e atualizado por Paulo Roberto Benasse, 1ª. ed., Campinas-SP: Bookseller, 1999.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: RT, 1993.
- SANTOS, J. M. de. *Código civil interpretado*. Vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1935.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3ª. ed., México: Porrúa, 1980.
- SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: RT, 1994.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Introdução à consolidação das leis civis*. 5ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1915.
- TEPEDINO, Gustavo. *A multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- VAMPRÉ, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria e Oficina Magalhães, 1919.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Direitos reais*. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. do original alemão por A. M. Botelho Hespanha, 2ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.