

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Nilza Aparecida Ramos Nogueira

**CLÁUSULAS ABERTAS NA ESTRUTURA NORMATIVA PROCEDIMENTAL E
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL:
Uma análise sob a perspectiva do Processo Constitucional**

Belo Horizonte

2012

Nilza Aparecida Ramos Nogueira

**CLÁUSULAS ABERTAS NA ESTRUTURA NORMATIVA PROCEDIMENTAL E
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL:
Uma análise sob a perspectiva do Processo Constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N778c Nogueira, Nilza Aparecida Ramos
Cláusulas abertas na estrutura normativa procedimental e discricionariiedade judicial: uma análise sob a perspectiva do processo constitucional / Nilza Aparecida Ramos Nogueira. Belo Horizonte, 2012.
189f.

Orientador: Fernando Horta Tavares
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Cláusulas (Direito). 2. Discricionariiedade. 3. Direito processual constitucional. I.Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Nilza Aparecida Ramos Nogueira

**CLÁUSULAS ABERTAS NA ESTRUTURA NORMATIVA PROCEDIMENTAL E
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL:
Uma análise sob a perspectiva do Processo Constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Fernando Horta Tavares (Orientador) – PUC Minas

Dr. Dimitri Dimoulis – FGV/SP

Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas

Dra. Zamira de Assis (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 23 de março de 2012.

Dedico essa vitória aos meus pais, que me deram a vida.
Ao meu marido, Radamesy, força decisiva para que eu iniciasse e concluísse essa pesquisa.
Aos meus queridos filhos, Gabriel e Pedro, luzes na minha vida, amor, doação e fé no futuro.
Aos meus estimados irmãos, amigos de todas as horas.
Aos meus sobrinhos e cunhados, parte desse universo de dedicação ao estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me permitir submeter essa pesquisa à aprovação com saúde.

À minha mãe, por estar ao meu lado. Sua vida é alento para meu viver.

Ao meu “Radinha”, pela confiança que deposita em mim, pelo estímulo e pela determinação nos momentos de hesitação.

Aos meus amados filhos, cuja existência me impulsiona e me indica a convivência com alteridade.

Ao querido professor Fernando Horta, pela competência na orientação e pela seriedade, respeito e humildade com que participa da realização da pesquisa, proporcionando a oportunidade de ampliação do conhecimento.

À Lícia e à Julieta e demais servidoras da biblioteca da Advocacia-Geral do Estado, que muito me auxiliaram nas pesquisas.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, cujas aulas dão suporte ao envolvimento e ao progresso na pesquisa.

Aos meus amigos, aos colegas de estudo, a todos agradeço, porque a construção do conhecimento não é um processo desvinculado da atividade cotidiana e, portanto, as conversas, as trocas de ideias, as manifestações de apoio e consideração são importantes e influenciam o desenvolvimento da investigação científica.

Verdade

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O processo tem sido considerado um instrumento para assegurar a eficácia de direitos. Numa perspectiva utilitarista, teleológica, autores nacionais vêm defendendo a necessidade de flexibilização da técnica para sua adaptação às necessidades dos casos. Assim, quanto mais abertas forem as normas processuais, maior será o espaço que terá o Estado-Juiz para materializar direitos. A característica da técnica de legislar por meio de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, que demandam concretização para o caso, é sentida no Brasil. Ganhou destaque com o Código Civil de 2002. Contudo, já pode ser observada no processo civil brasileiro desde o Código de Processo de 1939. Vem se intensificando com as reformas do Código de Processo Civil, iniciadas em 1994, com a Lei n. 8.952/94. Essa técnica repercute diretamente no exercício da função judiciária do Estado, pois abre espaço para sua atuação, no sentido de se fazer necessário, para a concretização da norma, a via interpretativa e de integração, o que envolve a busca de valores e de regras de experiência. A questão é saber se a apreciação judicial realizada nesse espaço de vagueza semântica ou de ausência de uma consequência legal pode se efetivar de forma discricionária ante o Estado Democrático de Direito, bem assim buscar definir se a aplicação daquelas normas mediante valorações pode ser definida como uma ação discricionária do Estado-Juiz e em que sentido. O Processo Constitucional como um método de garantia de direitos fundamentais visa a abrigar a totalidade das pessoas, em igualdade de condições. Deve, pois, revelar uma instrumentalidade técnica que seja eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos à realização da dignidade humana. Assim, a presente pesquisa coloca sob interrogação a possibilidade de haver espaço de livre apreciação motivada ao Estado-Juiz para flexibilizar a técnica, adaptando-a ao caso concreto. Para tanto, apresenta uma visão sobre o positivismo jurídico e sobre a ideia de neutralidade do juiz, ao lado de percepções denominadas de pós-positivistas que acabam por acolher a entrega da interpretação e aplicação do direito ao Estado, por seu órgão oficial, evidenciando-se o incremento do poder de decisão do juiz. A revisitação do tema é feita à luz do Direito Democrático e busca salientar a vinculação da função judiciária do Estado à lei e à Constituição e, portanto, aos princípios do Estado de Direito e da democracia, de modo a assegurar a eficácia das garantias processuais constitucionais, que se constituem, também, em direitos fundamentais, ao lado da autonomia e da cidadania e do fundamento da dignidade da pessoa.

Palavras-chave: Cláusula aberta. Conceito jurídico indeterminado. Estrutura normativa procedimental. Discricionariedade judicial. Direito Democrático. Processo Constitucional.

ABSTRACT

The process has been considered an instrument for ensuring the effectiveness of rights. In a utilitarian perspective, teleological, national authors have defended the need for flexibility to adapt to the needs of patients. Thus, the more open the procedural rules, the more space it will be State Judge to effect the realization of rights. The characteristic of the technique to legislate by means of open clauses and indeterminate legal concepts, which require the case to completion, is felt in Brazil. Gained prominence with the Civil Code of 2002. However, since the process can be seen from the Brazilian Civil Procedure Code, 1939. Has been intensified following the reforms of the Code of Civil Procedure, which began in 1994 with the Law 8.952/94. This technique has a direct impact on the exercise of judicial function of the state as open space for its operations, to be needed for the achievement of the standard way of interpretation and integration, which involves the search for values and rules experience. The question is whether the judicial review held in the space of semantic vagueness or lack of a legal consequence can be effective in a discretionary manner before the democratic rule of law, as well as seeking to determine whether implementation of such standards by valuations can be defined as a discretionary action of the state judge and in what sense. The Constitutional Process as a method of guarantee of fundamental rights is intended to house all the people, on equal terms. Should therefore reveal an instrumentality technique that is effective to establish, observe, maintain or restore the individual and collective rights to realization of human dignity". Thus, this research puts in question the possibility of space free assessment motivated the judge to state-flexible technology, adapting it to the case. To do so, gives an insight into legal positivism and the idea of neutrality of the judge, alongside perceptions of so-called post-positivist who end up receiving the delivery of interpretation and application of law to the State by its official, evidencing if the increase in the power of the judge's decision. The revisiting of the issue is made in the light of democratic law and aims to stress the link of the judicial function of the state law and the Constitution and therefore the rule of law and democracy, to ensure the effectiveness of constitutional procedural safeguards, which are also fundamental rights, along with the autonomy and citizenship and the foundation of human dignity.

KEY WORDS: Clause open. Undefined legal concept. Regulatory framework procedural. Judicial discretion. Democratic Law. Constitutional Process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 O PROCESSO CODIFICATÓRIO NO BRASIL E AS CLÁUSULAS ABERTAS	29
2.1 Cláusulas abertas: Surgimento e expansão	38
2.2 Cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios.....	44
2.3 A inserção de cláusulas abertas na estrutura normativa procedimental: Justificativa teórica subjacente e considerações críticas.....	55
3 TEXTURA ABERTA DO DIREITO E ENSEJO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	60
3.1 A zona de penumbra como espaço para a discricionariedade judicial em Herbert Hart e a crítica de Ronald Dworkin	60
3.2 Leitura do positivismo jurídico em Dimitri Dimoulis (2006)	69
3.2.1 <i>Opção metodológica de estudo do fenômeno jurídico</i>	70
3.2.2 <i>Os equívocos do pós-positivismo</i>	71
3.2.3 <i>O positivismo jurídico caricaturado</i>	72
3.2.4 <i>Objetivos políticos</i>	73
3.2.5 <i>Proposta de Pragmatismo Jurídico-Político</i>	76
3.2.6 <i>A interpretação do Direito na perspectiva juspositivista</i>	77
3.2.7 <i>Da resposta correta</i>	80
3.3 Da necessidade de uma teoria crítica em Luis Alberto Warat: O discurso jurídico como determinante de um espaço de poder.....	83
3.3.1 <i>Implicações negativas do Positivismo Jurídico</i>	87
3.4 Conclusão do capítulo	93
4 CONCEPÇÕES DE DISCRICIONARIEDADE	96
4.1 Breve histórico da ideia de discricionariedade	100
4.2 A discricionariedade judicial na visão de processualistas nacionais	107
4.3 O encaminhamento da discricionariedade judicial: Subsunção e concreção	112
4.4 Os argumentos a favor da legitimidade do papel criador dos juízes em Mauro Cappelletti.....	115
5 TENTATIVA DE DESCONSTRUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CLÁUSULA ABERTA COMO ESPAÇO PARA LIVRE APRECIACÃO JUDICIAL NA BUSCA DE SOLUÇÃO ADEQUADA AO CASO	122
5.1 Construções paulatinas e compartilhadas do alcance de cláusula aberta por meio do Processo e o papel da jurisprudência	124
5.2 Proposta de construção de sentido numa perspectiva procedimental e de integridade: a vedação do marco zero	132
5.2.1 <i>Ideia de integridade do direito em Ronald Dworkin</i>	133
5.2.2 <i>A vedação do marco zero</i>	139
5.2.3 <i>O procedimentalismo normativo em Jürgen Habermas</i>	141
5.3 Jurisdição no marco do Direito Democrático	145
5.3.1 <i>Jurisdição Constitucional e guarda da Constituição: Uma releitura do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen</i>	150

6 DIREITO DEMOCRÁTICO E CLÁUSULAS ABERTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR E NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO, PL N. 8.046/2010.....	161
6.1 A efetiva participação dos interessados no <i>iter</i> procedimental como fator de legitimação do provimento judicial: A teoria do Processo Constitucional.....	168
6.1.1 <i>O processo democrático como fator de legitimação do provimento</i>	169
7 CONCLUSÃO.....	174
REFERÊNCIAS	178

1 INTRODUÇÃO

Essa pesquisa se justifica pela necessidade de exame da atividade judicial de interpretação e aplicação de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, com ênfase para aqueles presentes no Código de Processo Civil brasileiro em vigor, bem como no Projeto de Código de Processo Civil em trâmite na Câmara dos Deputados sob n. 8.046/2010.

O interesse pela análise da questão se exteriorizou a partir da observação da existência de forte corrente de pensamento sobre a necessidade de se assegurar a efetividade do Processo,¹ no sentido de utilidade do provimento exarado pelo Estado-Juiz, especialmente em relação a decisões provisórias em situações de urgência de tutela, em que se defende que as normas processuais devem ser flexíveis de modo a conferir espaço para o Estado-Juiz adaptá-la ao caso, de acordo com seu livre convencimento motivado.

Essa percepção teórica, que ampara o desejo de que as decisões proferidas por Órgãos Judiciários do Estado ganhem foro de efetividade, numa perspectiva utilitarista,² acaba por encaminhar uma visão favorável à discricionariedade judicial³ na aplicação de regras do Código de Procedimentos Cíveis⁴ em vigor, consideradas cláusulas abertas ou que contenham conceito(s) jurídico(s) indeterminado(s).

¹ No sentido da necessidade de flexibilizar a técnica, de adaptar o procedimento às exigências da causa: BEDAQUE, 2007, especialmente p. 46-56, 62-71, 83-90. DINAMARCO, 2009, p. 129-149. MARINONI, 2008. MARINONI, 2001. Na mesma linha, da efetividade da jurisdição como corolário das tutelas de urgência, ZAVASCKI, 2008; ALVIM, 1997.

² A ideia utilitarista é no sentido de busca de efetividade do processo à consideração de atendimento de seus escopos metajurídicos, ou seja, sociais, políticos, de pacificação mediante a eliminação de conflitos com justiça. A técnica procedimental a serviço da obtenção de resultados práticos. Essa é uma visão defendida por Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 129-133). Saliente-se que Dinamarco se refere, também, dentro dos escopos políticos, que o processo pode concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a “participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado” (DINAMARCO, 2009, p. 133).

³ A discricionariedade judicial será tratada no Capítulo 4, onde restarão expostas as razões por que, sem embargo das divergências teóricas que serão apontadas, se considera como exercício de discricionariedade judicial a atividade do Estado-Juiz de concretização de cláusulas abertas e de preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados à luz de circunstâncias concretas, quando não é garantida aos demais sujeitos do processo a efetiva participação com força de influência no provimento a ser proferido ao final do procedimento judicial, por meio do discurso, ou quando fica a cargo do Estado a definição do alcance da norma aberta ou dos contornos de determinado conceito por meio de fundamentação em critérios ou conceitos não positivados. Isso porque a aplicação do direito sob essa matriz ideológica acaba por permitir decisão em bases retóricas, ocas e não vinculadas ao efetivo debate a legitimar o direito incidente, fugindo à proposta de Processo Constitucional “que abrigue a totalidade das pessoas, em igualdade de condições, ” que seja “instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos [...] à realização da dignidade humana” (BARACHO, 1984, p. 364).

⁴ A utilização da expressão “Código de Procedimentos” e não “Código de Processo” se deve à distinção entre processo e procedimento, sob a ótica de Elio Fazzalari (2006, em especial cap. II, p. 109-128). A expressão Código de Procedimentos Cíveis é preferível, desde que se considere o Processo uma abstração, que orienta o *iter* procedimental no bojo do qual se constrói o provimento judicial. A concepção de Processo tem esteio na Teoria do Processo Constitucional, cujo precursor, no Brasil, é José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), como será abordado na nota 15, abaixo. Para nós, o Código traz os procedimentos. O Processo é abstrato. Apenas

A técnica de legislar de forma aberta, ora por meio de cláusulas abertas,⁵ ora de conceitos jurídicos indeterminados,⁶ implica deixar a cargo da função judiciária do Estado a tarefa de realizar o preenchimento de conceitos jurídicos, cujo conteúdo e extensão sejam imprecisos, ou de determinar as consequências legais, em hipótese de cláusula aberta que não as determine previamente, para ir construindo o alcance da norma advinda do texto legal, paulatinamente.

A concretização de normas sob essa configuração, embora possa não se afigurar de todo problemática, apresenta um aspecto complexo relativamente à compatibilidade da atividade judicial, exercida com a feição teleológica, com a construção do direito numa visão democrática, a teor do paradigma de Estado instituído e proclamado pela Constituição de 1988. Isso porque a busca de materialização de direitos por meio da atividade judiciária, desde que não se assegure, no procedimento, o direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, à fundamentação, à isonomia, como garantias de efetiva influência na construção da decisão judicial, propicia mesmo a discricionariedade, no sentido de se tolerar a possibilidade de o Estado, por intermédio do Órgão Judicial, prolatar uma decisão sem considerar todos os argumentos deduzidos pelos interessados,⁷ que sofrerão seus efeitos, e realizar sua própria escolha, como a melhor e mais adequada.

O exercício da atividade judiciária, nessa ótica, permite a fundamentação do provimento em bases unilaterais, cuja necessária valoração para estabelecer o alcance do conceito indeterminado ou para definir uma consequência não prevista em lei pode cair na subjetividade de quem aplica.⁸ Por outro lado, viabiliza até mesmo que a ilicitude decorra da própria aplicação da regra, ante a ausência do devido processo.⁹

orienta a realização do procedimento. Contudo, as expressões serão utilizadas como sinônimas, tendo em vista a nomenclatura utilizada no ordenamento, como Código de Processo Civil.

⁵ No decorrer da exposição as expressões “cláusulas abertas” e “cláusulas gerais” aparecerão como sinônimas. Quando a explanação for de nossa autoria, utilizaremos “cláusula(s) aberta(s)”, na linha preconizada por Karl Engisch (2008). Até mesmo em razão de que o que distingue cláusula aberta de princípio e de conceito jurídico indeterminado não é o grau de generalidade, como será visto no Capítulo 2.

⁶ A expressão “conceito jurídico indeterminado” será a utilizada na dissertação também seguindo a linha orientadora de Karl Engisch, que se refere a “conceitos indeterminados” e menciona a expressão “conceitos jurídicos” que podem conter indeterminação. A indeterminação pode resultar da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime o conceito, cuja determinação do sentido que está em jogo em cada caso dependerá de interpretação a partir do contexto respectivo (ENGISCH, 2008, p. 259, 208). Adianta-se que há controvérsia sobre a utilização das expressões “conceitos indeterminados” e “termos indeterminados”. Nesse sentido, conferir Eros Roberto Grau (2005, p. 230-237) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 18-32).

⁷ O termo “interessados” será sempre utilizado no desenvolvimento do texto para designar aqueles que suportarão os efeitos de um provimento estatal, com ênfase para o provimento judicial.

⁸ Essa seria uma hipótese de classe de conceitos que “se põem ao serviço do afrouxamento da vinculação legal, a saber, a classe dos *conceitos discricionários*” (ENGISCH, 2008, p. 214). O autor repara que a questão do poder discricionário, por ser um conceito plurissignificativo, tem adquirido premência e peso particular e, ao mesmo tempo, tem se tornado um ponto fulcral do Direito Processual, no que se refere ao debate quanto à insindicabilidade das decisões discricionárias e remete a questão, como será tratado oportunamente, ao espaço

A situação problema que reclama posição é se, num Estado que se pretende Democrático de Direito,¹⁰ aos moldes previstos na Constituição da República do Brasil de 1988, tem sustentáculo a delegação de poderes ao Estado-Juiz, bem como a defesa doutrinária no sentido de conferir maior latitude de poder ao Estado-Juiz por meio de normas flexíveis.

A resposta parece ser negativa, em face da essencialidade dos direitos humanos, que impõe sua proteção pelo Estado de Direito, como assegura a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Por outro lado, diante do direito de toda pessoa a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, como previsto no art. 8º, 1., da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica).

O marco teórico dessa pesquisa é o Direito Democrático, cuja concepção abriga a proteção aos direitos humanos, incorporados ao texto constitucional como direitos fundamentais, ao direito fundamental à participação popular, ao exercício da autonomia e da cidadania.¹¹

residual, ou de livre apreciação na busca do ideal de justiça para fazer a distinção entre as “genuínas atribuições de poder discricionário (isto é, atribuições de poder para uma discricionariedade ‘livre’)” e a discricionariedade judicial conformada pelo Estado de Direito, quando decorre da própria hipótese legal ou está presente na estatuição (ENGISCH, 2008, p. 226, 227).

⁹ Disso cuida Zamira de Assis (2009) e será apontado no Capítulo 2.

¹⁰ Estado Democrático de Direito é a expressão utilizada pelo art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Sem prejuízo de discussões teóricas sobre a expressão “Estado Democrático de Direito” ou “Estado de Direito democrático”, o entendimento aqui é de que o direito é democrático: “uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A ordem do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’”. Isto é, o Estado constitucional é mais que o Estado de direito. Há o elemento democrático reclamado pela necessidade de legitimação do poder. (CANOTILHO, 2009, p. 74, 93, 98) O Estado de Direito submete o próprio Estado que o institui ao direito, seja na sua conformação, na configuração da estrutura das suas funções administrativa, legislativa e judiciária, seja em sua atuação por meio dessa estrutura organizacional. A Constituição institui o Estado e o submete às suas normas. Logo, democrático é o direito e, por isso mesmo, e na forma dos fundamentos, dos objetivos e dos princípios que configuram esse Estado, nos termos da Constituição Brasileira, impõe-se assegurar a soberania popular. Com apoio em Habermas, alcança-se a ideia de Estado Democrático de Direito, como ficará mais bem explicitado oportunamente. Habermas considera indispensável garantir um amplo espaço de participação para os cidadãos no plano da sociedade civil no que se refere à apresentação de temas e contribuições com a finalidade de formar a opinião e a vontade sobre matérias capazes de se constituírem em lei por meio dos discursos práticos que demandam a livre circulação de informações e razões. (HABERMAS, 2003).

¹¹ No sentido amplo, pode-se dizer que autonomia de uma pessoa envolve sua capacidade de atuar, de agir nos espaços públicos e privados, de acordo com seus valores éticos e morais, com seu modo de ver o mundo, cuja manifestação afirma seu espaço de participação nos “processos de formação de opinião e vontade” (expressão de Jürgen Habermas, como será abordado). A conquista da autonomia equivale à conquista da própria cidadania, uma vez que passa pelo desenvolvimento da emancipação intelectual e da liberdade de expressão. A autonomia é condição necessária para a autodeterminação — esta por sua vez indispensável para o convívio com os riscos, as incertezas e os conflitos. (RICHTER; CECHI, 1999). A ideia de autonomia e de cidadania é apresentada por Richter em um texto voltado para a importância da educação numa dimensão ético-política e

O Direito Democrático decorre dos fundamentos¹² do Estado instituído pela Constituição Brasileira. Tem apoio, portanto, no próprio texto constitucional, ao que se alia a orientação do procedimentalismo normativo de Jürgen Habermas,¹³ que considera a cooriginariedade entre direito e moral. A passagem de razões morais para o direito ocorre por meio do processo legislativo, visto como o “espaço procedimental discursivo-legislativo” no qual a vontade democrática dos cidadãos se institucionaliza dialogicamente, com atenção ao pluralismo, isto é, às diferenças sociais.¹⁴

Essa forma de legitimação da própria Constituição e da produção das leis se viabiliza pelo Processo Constitucional,¹⁵ consagrado pelos princípios do Contraditório, da Ampla Defesa, da Igualdade, da Fundamentação, da Duração Razoável e do Acesso ao Direito.¹⁶

de como deve ser a educação para uma “modernidade reflexiva” e numa visão crítica à razão instrumental. Defende-se uma escola entendida como um espaço de dialogismo crítico-emancipatório, não apenas “aberta” à comunidade que a cerca, mas sim integrada a ela, em todos os sentidos, superando-se uma tradição educacional de raízes fechada, patrimonialista e paternalista. Quanto a essa percepção, sob o ângulo do direito democrático, em conformidade com a proposta habermasiana (HABERMAS, 2003, p. 223), acrescenta-se que os discursos éticos e morais devem ser fruto do intercâmbio entre os cidadãos que constituem a opinião pública, afastando-se uma visão pressuposta, de forma que os interesses e preferências de valores possam modificar-se por meio do fluxo de informações e razões.

¹² O art. 1º da Constituição da República de 1988 preceitua que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A partir desses princípios que fundamentam o Estado brasileiro outros advêm, especialmente, no que interessa mais de perto a essa pesquisa, o princípio do devido processo como corolário dos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Os princípios podem ser vistos na dimensão fundamentadora do paradigma de Estado instituído, bem como sob a perspectiva de normatividade e de orientação hermenêutica. Breve incursão na função dos princípios, para distingui-los das cláusulas abertas será feita no Capítulo 2, com base em (BONAVIDES, 2009); (ÁVILA, 2009) e (DWORKIN, 2007).

¹³ A teorização de Jürgen Habermas (2003,1995) será apresentada, nos aspectos que confluem para o marco teórico de Direito Democrático, no Capítulo 5.

¹⁴ Nesse sentido, André Del Negri (2008, especialmente o cap. 2). Sobre o pluralismo, conferir Gisele Cittadino (2010).

¹⁵ A concepção de Processo adotada nessa pesquisa é a do Processo Constitucional apresentada, no Brasil, por José Alfredo de Oliveira Baracho, no ano de 1984. Para Baracho, a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. É premissa de sua teoria que a Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana. “A constitucionalização do direito à jurisdição e a amplitude do conceito de direito à tutela jurídica efetiva levam-nos à caracterização do processo constitucional (*El proceso constitucional*), com destaque para a eficácia dos direitos humanos” (BARACHO, 2008, p. 11-2.) Deixa assentado: “O Processo Constitucional visa à proteção dos princípios constitucionais, especialmente aqueles conferidos aos indivíduos, para se oporem às decisões legítimas das autoridades públicas.[...] O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. [...] A formulação de um Processo Constitucional que possa ser instrumento de absorção das crises e dos conflitos, a nível institucional, torna-se necessária para o Estado democrático, que somente assim poderá corresponder aos apelos da sociedade contemporânea” (BARACHO, 1984, p. 346, 347, 354).

¹⁶ Sobre a imprescindibilidade das garantias constitucionais do devido processo para assegurar a proteção aos direitos humanos, bem como para superar o Estado de Polícia, ou Estado Autoritário, conferir decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do processo de Extradicação n. 986-9, **DJ** de 05/10/2007, que será apresentada no Capítulo 6.

Desse modo, pretende-se, com apoio na concepção de atividade judiciária do Estado como uma função-dever desempenhada de forma dialógica e isonômica, avaliar a compatibilidade, ou não, da teorização que referenda seu exercício em bases discricionárias (sem a coautoria daquele que sofrerá os efeitos da decisão judicial na concretização da norma ao caso), quando a lei assim o autorizar, mediante cláusulas abertas ou em “zonas de penumbra da norma”.

A opção metodológica é a pesquisa teórica. Serão abordadas teorias de direito, bem assim perspectivas jusfilosóficas para, mediante a interlocução entre elas, construir uma teorização que evidencie o Direito Democrático — marco teórico dessa pesquisa — e as condições de possibilidade de sua efetivação.

O objetivo é tentar chegar mais perto de uma teoria adequada ao Estado Democrático de Direito, o que consente o crescimento do conhecimento, numa proposta de abertura de todas as teorias à crítica, de forma que “qualquer fonte [do conhecimento] — tradição, razão, imaginação, observação, ou o que quer que seja — é admissível e pode ser utilizada, *mas nenhuma tem qualquer autoridade*” (POPPER, 1987, p. 398). Isso porque “a crença na certeza científica e na autoridade da ciência não passa de ilusória expectativa: *a ciência é falível porque a ciência é humana*” (POPPER, 1987, p. 365).

A interlocução entre as teorias referidas no corpo do texto será feita também sob a ótica de uma sociedade aberta ao desconhecido, ao incerto e ao inseguro, “utilizando a razão de que pudermos dispor para planejar tanto a segurança *como a liberdade*” (POPPER, 1987, p. 217), mas na busca de melhores condições de vida:

nossas maiores aflições nascem de algo que é tão admirável e sadio quanto é perigoso: de nossa impaciência por melhorar a sorte do próximo. [...] o anseio de inúmeros homens desconhecidos de libertar-se, e a seus espíritos, da tutela da autoridade e do preconceito. É sua tentativa de edificar uma sociedade aberta, que rejeita a autoridade absoluta do que é meramente estabelecido e meramente tradicional, ao mesmo tempo em que tenta preservar, desenvolver e estabelecer tradições, velhas ou novas, que se meçam por seus padrões de liberdade, de humanidade e de crítica racional. É sua repugnância em ficar sentados, deixando que a total responsabilidade de governar o mundo caiba a uma autoridade humana ou sobre-humana... (POPPER, 1987, p. 8-9).

A análise investigatória tem seu ponto de partida no exame da discricionariedade judicial frente à textura aberta do direito, teorizada pelo juspositivista Herbert Hart (2009), cuja obra é classificada como inserta na perspectiva teórica denominada positivismo jurídico moderado por Ronald Dworkin (2002, 2007).

Em razão da crítica de Dworkin ao positivismo jurídico de Hart, expõem-se alguns aspectos da obra de Dimitri Dimoulis (2006), que traz uma abordagem científica da matéria. E uma visão crítica do positivismo jurídico foi buscada em Luís Alberto Warat (2002).

Nessa apresentação de teorias, outras servirão de apoio à construção das propostas conclusivas, especialmente as de busca de uma teoria não autoritária do conhecimento e de uma sociedade aberta, de Karl Popper (1987) e do procedimentalismo normativo, de Jürgen Habermas (2003). Estas, entrelaçadas, dão suporte à superação da discricionariedade judicial em favor do Devido Processo, visto aqui como observância dos princípios que conformam o Processo Constitucional e que, portanto, não se compatibiliza com uma teoria que aceita a construção de provimento estatal ao arrepio da participação daquele que sofrerá seus efeitos, bem como com uma perspectiva teórica que não exige a afirmação da autonomia da pessoa por meio do discurso (ampla defesa) num procedimento normativo viabilizador da garantia da influência (contraditório) na produção e valoração das provas, na interpretação e preenchimento de conceitos indeterminados de forma racional e fundamentada pontualmente e tomando-se em consideração cada argumento dos interessados, na determinação das consequências (estatuição) da norma. Isto é, em última análise, o *medium* do Direito Democrático.

Assim, no Capítulo 2, serão indicadas razões históricas que propiciaram uma produção legislativa indicativa de finalidades ou de princípios, de leis não casuísticas, mas vagas. Será feita breve referência ao processo codificatório¹⁷ para ser apontado o momento histórico em que cláusulas abertas passaram a ser consideradas na aplicação do direito. Indicado o incremento de sua utilização nos códigos, especialmente no Código de Processo Civil brasileiro; como se vem desenvolvendo essa tendência legislativa e sob quais justificativas.

Também, por sua importância, será apresentada a distinção entre cláusulas gerais, princípios e conceitos jurídicos indeterminados¹⁸ e verificada a condição de possibilidade de se admitir, num ambiente de direito democrático, que cláusulas dessa natureza possam conferir mandatos ao Estado-Juiz ou abrir espaço para preenchimento de supostos espaços vazios na concretização da norma, com argumentos não sindicáveis pelos interessados.

A investigação inclui a relação direta entre a presença das cláusulas abertas no Direito Processual Civil e o papel desempenhado pelo Órgão Judiciário do Estado, cuja atuação, para não se apresentar antidemocrática, deve ter em conta a efetiva participação dos sujeitos do

¹⁷ Sobre o processo codificatório ocorrido na família de direito romano-germânica, René David (2002).

¹⁸ Para essa distinção partiu-se da obra Karl Engisch e se apoiou em Eros Roberto Grau (2005), Judith H. Martins Costa (1999) e Alberto Gossion Jorge Júnior (2004).

processo na construção do provimento para, de conseguinte, não restar frustrada a possibilidade de estruturação de um Estado Democrático de Direito com a afirmação do Processo Constitucional.¹⁹

Avaliar-se-ão, no que tange ao Direito Processual Civil, as razões teóricas favoráveis ao incremento do poder do juiz, por meio de cláusulas abertas que vêm sendo inseridas no Código de Processo Civil, notadamente os arts. 273 e 461, com o fim de concretização da técnica processual adequada ao caso sob apreciação judicial para garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional “justa”²⁰ e, como contraponto, será trazida a comento, no Capítulo 5, a concepção de Jurisdição e Processo que, se acredita, deva ser a adotada no âmbito do Direito Democrático.

No Capítulo 3 explicitar-se-á que exatamente em razão das consequências advindas das cláusulas abertas, que conferem mandatos ao Estado-Juiz, e dos conceitos jurídicos indeterminados, que exigem um “preenchimento” para sua concretização, compreende-se passar, o exame dessa questão, por uma teoria processual que indague sobre a adequação de um pensamento em favor de forma de interpretar que, frente à abertura do direito, permite o ingresso de valores a este de maneira antidemocrática, ou seja, a partir do sentimento do juiz, sem um efetivo debate com os interessados.

Como a ideia de discricionariedade judicial em casos difíceis, em que haja uma zona de penumbra na norma, tem assento na visão positivista de Herbert Hart (2009), sua teoria de direito será abordada nesse capítulo, nos aspectos concernentes à proposta teórica conjuntamente com a crítica que lhe é feita por Ronald Dworkin.²¹

Ainda no Capítulo 3 tem lugar a exposição de alguns aspectos da obra de Dimitri Dimoulis, que rebate críticas feitas ao positivismo jurídico e o apresenta de forma didática e com rigor científico admirável. Reconhece a ausência de uma teoria positivista da interpretação e propõe uma, que denomina de pragmatismo jurídico-político, com alguns aspectos que se alinham às observações reveladas nesse estudo. Também é reservado espaço para a teoria de Luis Alberto Warat. Esta, na perspectiva de necessidade de uma teoria crítica,

¹⁹ A concepção de Processo Constitucional adotada tem amparo nos estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho, especialmente em sua obra editada no ano de 1984, na qual, o autor, com base em dois grandes nomes, o de Couture e de Hector Fix Zamudio, desenvolve a teoria sobre o processo, como apresentado na nota 15, *supra*. A configuração de Processo Constitucional tem amparo na Constituição de 1988, especialmente, dentro dos contornos dessa pesquisa, no art. 5º, *caput*, e inciso II, LV, LIV, LIII, XXXV, LXXIV e LXXVIII e no art. 93, IX, tomados em consideração em relação ao Processo Civil.

²⁰ A ideia de tutela jurisdicional justa se relaciona com o ideal de efetividade buscado por processualistas nacionais referidos na nota 1, *supra*.

²¹ O combate a essa ideia de discricionariedade é apontada pelo próprio Herbert Hart no pós-escrito de sua obra (2009), da qual nos valem, bem assim em obras do próprio Dworkin, já citadas.

cuja análise passa, fundamentalmente, pela questão do discurso intertextual no positivismo jurídico como determinante de um espaço de poder.

No Capítulo 4 a discricionariedade judicial será o ponto prestigiado. Apresentar-se-á um breve histórico da concepção de discricionariedade, a partir de sua ocorrência no direito administrativo, para avaliar o sentido em que se analisa relativamente à função judiciária do Estado e detectar se se pode admiti-la na função de aplicação da lei diante do marco teórico do Direito Democrático.

Serão apontados processualistas brasileiros que acolhem a discricionariedade judicial, como Luiz Fux (1996), Luiz Guilherme Marinoni (2001, 2008) e Cândido Rangel Dinamarco (1993, 2009), ao argumento de busca da efetividade do processo por meio da flexibilização do procedimento pelos magistrados e tantos outros autores que também se manifestam pela adaptação da técnica ao caso concreto, pelo juiz, mas entendem que esse não seria caso de discricionariedade.²²

Um subtópico é dedicado à visão de Mauro Cappelletti (2008, p. 14), para quem qualquer atividade de interpretação e atuação do direito é, inevitavelmente, criadora, o que não pode significar que se possa incorrer em excessos. Entretanto, os juízes são homens e devem fazer “opções mais ou menos difíceis, onde sempre incide, também, um mínimo de discricionariedade, ou seja, de liberdade” (CAPPELLETTI, 2008, p. 15).

Os pontos frágeis e de apoio dessas teorizações frente à teoria do Processo Constitucional, que inclui, entre os princípios que o conforma, o da vinculação ao Estado Democrático de Direito (DIAS, 2010, p. 114, 115), serão mostrados, pois que acabam por obstar a construção de um verdadeiro Direito Democrático por meio do espaço público procedimental.

No Capítulo 5 apresenta-se uma tentativa de desconstruir a ideia de cláusula aberta como autorização legal para livre apreciação judicial com fito de concretizar a norma para o caso. A técnica de legislar por meio de cláusulas abertas e de inserção de conceitos fluidos, vagos, com o intuito de assegurar mobilidade ao ordenamento e a possibilidade de constante atualização faz com que a jurisprudência ganhe papel de destaque, visto que, pelo menos na visão de quem defende essa forma de legislar, é através de reiteradas decisões judiciais que se vai construindo, paulatinamente, o sentido e o alcance da cláusula, bem assim de conceitos jurídicos indeterminados. O objetivo desse capítulo é buscar construir uma visão do fenômeno legislativo que repercuta na atividade judiciária de interpretar e concretizar numa perspectiva que assegure a afirmação do Direito Democrático.

²² Autores referidos na nota 1, *supra*.

Considerando o reforço do papel da função judiciária do Estado ante a premente necessidade de materialização de direitos fundamentais, que decorreu da própria natureza da moderna legislação do Estado Social de Direito, ou Estado promocional, que se realiza mediante intervenções da Administração Pública com base em preceitos-planos, que traçam linhas gerais, cuja concretização para o futuro fica a cargo dos “juízes, que são chamados a aplicá-los, um âmbito de discricionariedade” (CAPPELLETTI, 2008, p. 9), far-se-á referência ao valioso debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição para tentar alcançar a proposta de que essa tarefa cabe ao povo, não devendo, pois, se limitar a representante do povo ou a órgão estatal incumbido da função jurisdicional, por seus membros.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito e com o fenômeno da constitucionalização do direito,²³ o tema merece ser revisitado, especialmente sob a orientação de sociedade aberta, que conduz à compreensão de que aqueles posicionamentos, de Schmitt e Kelsen, sobre o guardião da Constituição, ainda estão estagnados numa percepção de sociedade fechada, que preza o autoritarismo, visão inadmissível na atualidade.

O desenvolvimento do texto passa pelo exame da fundamentação das decisões judiciais e, também e principalmente, da formação da jurisprudência, visto que um dos grandes motes das cláusulas abertas é exatamente o de permitir a permanente reconstrução do direito por meio de reiteradas decisões judiciais.

Além disso, a construção teórica que se vem firmando a propósito da elaboração de códigos, a exemplo do Projeto de Novo Código de Processo Civil, não prescinde de indagações acerca de “dogmas” como busca da efetividade do processo, escopos metajurídicos do Processo, mas se observa que está havendo apenas um desvio de foco da função estatal de forma incoerente com o Estado Democrático de Direito instituído na Constituição de 1988, posto que mantida uma perspectiva de autoritarismo e de centralidade num modelo de Estado paternalista.

Enfim, todo o estudo gira em torno da busca de se evidenciar que, sob a orientação de uma forma de Estado à qual se deve garantir a maior eficácia possível, não se pode cogitar de uma (re)afirmação — ainda que oculta — do positivismo jurídico, no sentido de permissão de

²³ O fenômeno da constitucionalização do direito, no sentido de irradiação da força normativa da Constituição sobre todos os ramos do direito, o que ganhou expansão qualitativa após a 2ª Guerra Mundial, incrementa a força da Jurisdição Constitucional (controle concentrado e difuso de constitucionalidade). Esse tema merece ser revisitado sob o paradigma do Direito Democrático para deixar assentado que o guardião da Constituição não deve ser um soberano ou um grupo de especialistas, ou cada especialista que atua no controle difuso, mas ser aberto a todos, numa visão de sociedade aberta apresentada por Karl Popper.

discricionariiedade judicial e de uma crença no discurso jurídico pré-formatado, contido no texto legal.

A partir da observação de que cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados podem ensejar um desenvolvimento paulatino do alcance da norma, judicialmente, e, de outro lado, considerada a influência que o paradigma de Estado deve exercer sobre a aplicação do direito – paradigma no sentido de complexo de idéias, de princípios e de regras juridicamente coordenados que informam a concepção de Estado que irá orientar a aplicação do direito - , o objetivo basilar da presente pesquisa é desvelar, por meio de interlocução entre teorias apresentadas, que a orientação do Processo, tal como definido na Constituição de 1988, é de impostergável observância na construção dos provimentos judiciais, já que se apresenta como condição de possibilidade de se construir e reconstruir democraticamente o direito. Nesse sentido, pretende-se apresentar uma abordagem normativa do direito.

2 O PROCESSO CODIFICATÓRIO NO BRASIL E AS CLÁUSULAS ABERTAS

O Brasil, por influência de Portugal, devido ao processo de colonização, pertence à família de direito romano-germânica. A colonização, pelos europeus, dos territórios alémmar, contribuiu para a expansão daquela família de direito e a fórmula da codificação, adotada nos séculos XIX e XX, favoreceu sua propagação (DAVID, 2002, p. 77).

O sistema de direito romano-germânico formou-se na Europa Continental. Do ponto de vista científico, surgiu no Século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades. Esse sistema foi dominado pela doutrina de cinco séculos que, com a Escola de Direito Natural, preparou o período em que foi dominado pela legislação (DAVID, 2002, p. 35 *et seq.*).

Referido sistema fundou-se sobre uma comunidade de cultura. “Ele surgiu e continuou a existir, *independentemente de qualquer intenção política*”. Ao contrário do desenvolvimento do *common law*, que “está ligado ao progresso do poder real à existência de tribunais reais fortemente centralizados” (DAVID, 2002, p. 40, 41).

A codificação foi, então, preparada pela Escola de Direito Natural. Esse foi um dos êxitos dessa escola, que triunfou nas universidades nos séculos XVII e XVIII, e que vê no direito “uma obra da razão”. Tem a razão humana como o único guia. Sob a inspiração de um universalismo, os juristas “procurarão proclamar as regras de justiça de um direito universal, imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos”. Assim se preparou a via da codificação. (DAVID, 2002, p. 46 e 47)

A “codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades”. Logo, “é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural”, trazendo uma exposição metódica para pôr fim à fragmentação do direito. Mas, para obter êxito, deveria ser obra de um “soberano esclarecido, desejoso de consagrar [...] os novos princípios de justiça, de liberdade de dignidade do indivíduo” e, por outro lado, deveria ser estabelecida num grande país, que tivesse aptidão para influenciar outros. E foi assim que ocorreu, notadamente em França. (DAVID, 2002, p. 65, 66 e 67)

Franz Wieacker (1967, p. 353, 354, 366), sobre a história da codificação, aduz que, sob influência da ligação entre jusracionalismo (nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental que privilegia a missão da razão e sua defesa através da interpretação de textos ante a necessidade de dar respostas às necessidades práticas e vê o homem como um ser natural, cuja corrente se transformou na teoria do direito

e do estado) e iluminismo (ruptura moral ou religiosa como uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política), nos séculos XVII e XVIII, produziu-se a primeira onda das codificações modernas.

Esses códigos não vêm para fixar, ordenar ou melhorar o direito já existente, nem mesmo para completá-lo, mas se dirigem a uma “planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”. (WIEACKER, 1967, p. 366)

O pressuposto interno mais geral deste empreendimento é constituído pela convicção, própria do iluminismo, de que a actuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor. O direito natural parecia indicar a uma tal actuação um caminho mais seguro, ao fornecer projectos gerais de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais e ao permitir a esperança de se descobrirem, de uma vez por todas, os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo. (WIEACKER, 1967, p. 366)

Ou seja, reafirma a influência do direito natural no processo codificatório. Os códigos daquele período histórico viam no direito natural “uma fonte de conhecimento do direito positivo”. (WIEACKER, 1967, p. 367)

A influência do direito natural no processo de codificação se dá porque o jusnaturalismo vem com a ideia de revolução. Especialmente em França “foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido”. Dentro da ideia de pré-projetos de um futuro melhor, os códigos acabaram por não ser projetados pelos “detentores da tradição especializada, pelos professores de direito ou pelos colégios de juízes, como antes acontecia, mas antes por gente de confiança dos soberanos, com formação filosófica e política.” (WIEACKER, 1967, p. 366)

É por isso que, no curso histórico do processo de codificação, o Código Civil de 1804 da França, cuja história da sua promulgação remonta aos inícios da revolução, veio para superar os que lhe antecederam, em razão de que nasceu da crença jusracionalista na lei, mas uma codificação que vem não como resultado do “absolutismo esclarecido” senão como “nos seus primórdios, a própria obra duma nação revolucionária e, mais tarde, do seu grande tribuno, o primeiro cônsul Bonaparte.” (WIEACKER, 1967, p. 386)

Esse o caminho de expansão do sistema de direito romano-germânico, a partir do Código Napoleônico, de 1804, e também o lado bom do processo codificatório. Porém, há um lado nefasto: o de “atitude de positivismo legislativo, ao mesmo tempo que de nacionalismo jurídico”. Ou seja, o “direito passou a confundir-se com a ordem do soberano, deixou de se confundir com a justiça”. (DAVID, 2002, p. 69)

Contudo, a tendência é de superação desse aspecto de positivismo legislativo. Daí ser ponto comum na família de direito romano-germânica a de prestigiar a doutrina. “Tornou-se moda um certo desdém pela concepção contrária, da casuística, que situa a regra de direito ao nível dos casos concretos.” (DAVID, 2002, p. 102) Isto é, a propensão, ainda segundo René David, é a de formulação de regras, que são a base fundamental da codificação, suficientemente gerais, ordenadas em sistema e que, a partir delas, juízes e cidadãos “deduzam facilmente o modo como esta ou aquela dificuldade concreta deve ser resolvida.” (DAVID, 2002, p. 103)

Significa dizer que, em face da generalidade da regra de direito, incumbe aos juristas a tarefa da interpretação; “nos países da família romano-germânica considera-se, pelo contrário [do *common law*] como desejável, que a regra de direito deixe uma certa margem de liberdade ao juiz, sendo a sua função unicamente estabelecer *quadros [...] diretivas*” (DAVID, 2002, p. 105). Maior generalização (abertura) – incremento do papel de interpretação.

René David entende que nenhum sistema legislativo pode passar sem estas “fugas” para fórmulas gerais da lei. Exemplifica com a grande liberdade que é conferida aos tribunais quando são chamados a avaliar se o legislador promoveu a salvaguarda de direitos fundamentais. E acentua uma questão, no que se aproxima da visão de Engisch dos conceitos discricionários dentro do Estado de Direito, de que se cuidará nos tópicos subsequentes: O apelo de juristas a princípios gerais, quando previstos em lei, permite “pensar que eles agem em virtude duma espécie de delegação de poderes autorizada pelo legislador.” (DAVID, 2002, p. 169-170)

Winfried Hassemer, professor alemão, aponta a polaridade norma legal, de um lado, e sentença judicial, do outro. Trata da relação da codificação com a ação do Juiz numa ideia de vinculação deste à lei. A partir desse ponto, considera a codificação e a ideologia da subsunção e a superação desse ideal, visto que, embora a codificação ainda desempenhe um papel dominante em relação à sentença do juiz, a lei não pode determinar completamente esta. Pode haver necessidade de “preenchimento ou ‘enchimento valorativo’; pode ser que a lei, no seu texto, seja ‘vaga’ ou ‘porosa’”. Assim, retiram-se os defensores da “estrita vinculação do Juiz à lei” para admitir que o “‘significado dos conceitos legais’ passa a ser o limite da interpretação”. Ou, ainda, a se defender a distinção entre um núcleo conceitual da norma e uma auréola conceitual. O primeiro, consistente, indubitável e, esta, vaga, que necessita de interpretação. (HASSEMER, 1985, p. 182, 183)

Sobre a legitimação da sentença, o raciocínio de Hassemer é no sentido de que, em princípio, a ação dos Juízes pode fundamentar-se em normas codificadas que valem por elas

mesmas. Não precisam ser legitimadas. A correção da sentença é confirmada pela simples derivação da norma codificada. Entretanto, a fundamentação em princípio, como boa-fé, bons costumes, sugere outra situação. Além disso, Hassemer ressalta:

O encurtamento aqui descrito, de exigências de legitimação, no que concerne a sentenças judiciais, somente pode ser prestado por um sistema jurídico codificado, quando a sociedade em geral confia que a norma codificada representa princípios de direito consentidos. Nesta hipótese, a evocação ou chamamento da norma codificada significa concomitantemente a evocação do princípio de direito que sustenta a norma. A norma transporta, então, as instruções decisórias do princípio de direito para a sentença judicial. (HASSEMER, 1985, p. 186)

Feitas essas breves referências ao processo codificatório e a algumas características do sistema de direito romano-germânico com o grande nome da matéria, René David, aliado a outro grande autor da história do direito privado moderno, Franz Wieacker, cumpre verificar, no Brasil, que aderiu a esse sistema e que, a partir de 1830, com a promulgação do Código Criminal, muitos outros advieram — Código Comercial (1850), Código Civil de 1916,²⁴ revogado pelo de 2002, Código de Processo Civil de 1939, revogado pelo de 1973, Códigos Penal e de Processo Penal, de 1940 e de 1941, respectivamente, como se está firmando a técnica de legislar por meio de códigos, especialmente no tocante ao Código de Procedimento Civil, para, no tópico 2.3, observar as consequências da tendência de legislar por meio de cláusulas abertas.

Nelson Nery Jr. (2002, p. 3-7) assevera que hoje não mais se discute a necessidade ou não de codificar, referindo-se ao Código Civil, mas o debate diz respeito à forma de codificar. Entre as discussões, insere a dicotomia conceitos jurídicos fechados, totalitários ou conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função e por cláusulas gerais, para concluir que há, no Código Civil de 2002, um misto de casuística e de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Cumpre verificar, então, e o será feito a seguir, se os Códigos de Processo Civil brasileiros, de 1939 e de 1973, se valeram dessa técnica; se essa forma de legislar tem se

²⁴ Uma visão histórica sobre o direito civil brasileiro, com referência ao processo de codificação, é apresentada por Clóvis do Couto e Silva, antes do advento da Constituição da República (CR) de 1988. Este autor expõe, como característica dos direitos português e brasileiro, a centralização normativa, com base nas Ordenações, especialmente as Filipinas. Conclui sua exposição afirmando que o Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus iuris* vigente com novos princípios e normas. O juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito. Em “O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro” (SILVA, 1988, p. 163-180).

intensificado para as normas de procedimento — técnica — e como isso pode ser observado no Código de Processo civil em vigor e no que está por vir, Projeto de Lei n. 8.046/2010.

No Brasil, somente com o Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, mandou-se aplicar o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850 (que englobava a legislação processual), às causas cíveis. Mesmo no período de vigência deste, as Ordenações Filipinas ainda regiam o processo civil. No interregno temporal até a Constituição de 1934, os Estados-Membros tinham competência para legislar sobre direito processual. (MIRANDA, 1996, p. 4)

Em 1939 foi publicado o Código de Processo Civil como lei, como codificação emanada do Poder Legislativo, embora feito pelo Presidente da República, no uso da atribuição conferida pelo art. 180 da Constituição da República de 1937²⁵ (MIRANDA, 1996, p. 4). Uma das justificativas era exatamente a de conferir centralidade, reunião de normas de processo, dada a existência de vários códigos estaduais.

Da exposição de motivos do Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, subscrita pelo Ministro Francisco Campos, extrai-se já a preocupação com a efetividade do processo, posto que destacado o pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Entre outros motivos daquela reforma processual brasileira acentuou-se o de

sua íntima conexão com o problema da unidade política do país. Contra a tendência descentralizadora da Constituição de 1891, que outorgara aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo civil e comercial, insurgiram-se os elaboradores do estatuto de 1934, transferindo à União essa prerrogativa política. Mas, esta restituição à União de um poder de legislar que, durante um século, lhe pertencera, estava destinada a permanecer letra morta dentro do ambiente da exagerada autonomia política ainda reservada por aquela Carta aos Estados componentes da Federação. A Constituição de 10 de novembro veio tornar possível, fortalecendo o poder central, a realização da unidade processual e, para dar-lhe maior expressão e coerência, unificou também a Justiça. (BRASIL. Código de Processo Civil (1939). **Código de processo civil**: Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1971. 680 p. Anteprojeto publicado no *Diário Oficial*, de 4 de fevereiro de 1939)

Também é de se destacar, da mesma exposição de motivos, relativamente às mudanças que visaram a edição do Decreto-Lei n. 1.608, a de restauração da autoridade e o caráter popular do Estado, o que teria advindo com o regime instituído pela Constituição de 1937: “O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade...”

²⁵ Dispunha o art. 180 da CR de 1937: “Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. (BRASIL, 2012).

Nessa linha reformista, acentuou-se que o primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria de ser a função que se atribui ao juiz, de direção do processo e a intervenção de maneira a descobrir a verdade. “Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer.” Tanto na direção do processo como na formação “do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto fôr necessária ao conhecimento da verdade.”

Prossegue Francisco Campos expondo a prevalência, no Código de 1939, da chamada concepção publicística do processo, conforme Chiovenda: a atuação da vontade da lei num caso determinado. Essa seria a perspectiva em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos.

Em 1973 é publicado o novo Código de Processo Civil, sob o ideário de reformar o anterior para adotar nova técnica, com simplificação do sistema do processo civil, notadamente no que se refere aos procedimentos especiais, redefinição de institutos e maior rigor terminológico, cuja orientação teórica sofreu forte influência de Liebman.²⁶

Entre as inovações está a do reforço da autoridade do Judiciário: “O projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 130, III)”. (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Lei n. 5.869/73)

O Código de Processo Civil de 1973 pode ser considerado um modelo coerente e racional, embora de característica individualista²⁷ (Cf. MITIDIERO, 2010). Além disso, privilegia o valor segurança, no sentido de prevalência do procedimento comum ordinário, com ampla dilação probatória, de cognição exauriente.²⁸ Com o advento da Constituição do Brasil de 1988 e o desejo por materialização de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, essa perspectiva acabou por estimular o repensar das normas processuais em vigor, com o anseio de inclusão de técnicas de procedimento que abrissem caminho à

²⁶ Sobre o assunto, Alfredo Buzaid (1982, p. 17). Destaca-se a influência de Liebman relativamente à ação e às suas condições. (LIEBMAN, 1980, p. 199, 200-205).

²⁷ Nesse sentido, conferir Daniel Mitidiero, para quem o Código de Processo Civil de 1973 tem característica individualista, patrimonialista; é dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica (MITIDIERO, 2010, p. 182).

²⁸ De acordo com Francis Vanine, cognição exauriente é tradicionalmente definida como “atividade intelectual do juiz” que capta, analisa e valoriza as alegações e provas, e, portanto, centrada no magistrado. As técnicas de sumarização são defendidas sob argumento de necessidade de urgência, em virtude da demora da ordinariade. Exemplifica com a antecipação da tutela. Conclui, em seu artigo, entretanto, que não é possível a sumarização da cognição no Estado Democrático de Direito, por não permitir a cognição plenária de todos os sujeitos do processo: “Técnicas legislativas de limitação não são bem vistas porque cerceiam o espaço discursivo” (REIS, 2009, p. 119-139). A propósito do tema, conferir (MADEIRA, 2008).

efetividade de direitos por intermédio de decisões mais rápidas, baseadas em cognição sumária.²⁹ É que o fenômeno da constitucionalização do direito³⁰ importou na migração de princípios jurídicos para o corpo da Constituição. Por outro lado, a inserção de rol de direitos fundamentais no texto constitucional opera a incorporação dos direitos humanos de forma democrática, por meio do Poder Constituinte originário,³¹ o que impõe uma atitude positiva do Estado, notadamente quanto aos direitos sociais.³²

A Constituição de 1988, marco do processo de redemocratização do país, veio conferir destaque aos direitos fundamentais. Sem prejuízo de outros previstos ao longo do texto constitucional, logo após a previsão dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos princípios que regem suas relações internacionais, entre os quais está o da prevalência dos direitos humanos, vêm, a partir do art. 5º, os direitos fundamentais individuais e coletivos, os direitos políticos, e não mais no art. 153, como na anterior Constituição de 1967.

Esse papel de destaque, como não poderia deixar de ser, em respeito à busca de concretização do fundamento da dignidade da pessoa, impõe uma atitude positiva do Estado-Administração e, com isso, uma tendência à judicialização de direitos não materializados pela função executiva do Estado, a exemplo do direito fundamental à saúde.³³

Ada Pellegrini Grinover (2010) afirma ser exatamente o objetivo de atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, somado ao princípio da prevalência dos direitos humanos, art. 4º, II, da CR/88, o que impõe ao Estado ter de se organizar “no *facere e praestare*, incidindo na realidade social”, o que faz o Estado se transformar de social em Estado democrático de direito.

Significa dizer, então, que a necessidade de materialização de direitos fundamentais pelo Judiciário, ante a ineficiência do Estado-Administração em efetivar políticas públicas,

²⁹ No sentido de que a sumarização só pode ser do procedimento, não da cognição, conferir Tavares e Dutra (2010, p. 59-89).

³⁰ Sobre esse fenômeno, conferir Luís Roberto Barroso (2007). Não se deixe de destacar, entretanto, que o termo neoconstitucionalismo não alcançou, nesse estudo de Luís Barroso, uma definição clara, com contornos teóricos precisos. Pode ser tido como uma abordagem que acentua a força dos princípios no processo de interpretação, mas não há uma ruptura em relação ao constitucionalismo.

³¹ Sobre o poder constituinte originário, numa visão política ou jurídica, de soberania nacional e de soberania popular, bem como os momentos de sua usurpação no Brasil (a usurpação monárquica, talvez a primeira e última, quando se fez a Constituição do Império e a ocorrida com a titularidade autocrática, com o golpe de Estado desferido por Getúlio Vargas ao outorgar a Carta de 10 de novembro de 1937 e alastramento subsequente), conferir Bonavides (2009, p. 141-169). Também Canotilho (2009, p. 72-82), cujo autor destaca o paradoxo da democracia: Como pode um poder estabelecer limites às gerações futuras. Também a questão da legitimidade da Constituição, atentando para que é o procedimento constituinte que inicia a cadeia procedimental de legitimação democrática e dá fundamento a formas derivadas de legitimação, “designadamente à legitimação do exercício do poder político”. (CANOTILHO, 2009, p. 77)

³² Sobre a eficácia dos direitos fundamentais, conferir Ingo Wolfgang Sarlet (2009, especialmente p. 257-365).

³³ Conferir Luís Roberto Barroso (2011).

acarreta o sentimento de necessidade de prover a função judiciária do Estado de normas de procedimento — instrumentalidade técnica do processo³⁴ — de textura aberta ou que contenham conceitos indeterminados, que permitam sua concretização pelo juiz a uma variedade grande de situações concretas.

Como será reiterado ao longo dessa exposição, o art. 273 é aqui considerado um marco da inserção de cláusula aberta no Código de Processo Civil. Prevê a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela na generalidade dos casos, sem nenhuma definição, ainda que exemplificativa, de situações em que se autorizaria o deferimento da medida e permite a determinação de medidas suficientes para assegurar o adimplemento de obrigação (273, § 3º, redação dada pela Lei n. 10.444/02).

A verificação do cabimento ou não da medida será feita à consideração da situação de direito material para estabelecer o alcance do sentido de “verossimilhança”, de “prova inequívoca”, de “fundado receio de dano”, de “abuso de direito”, de “manifesto propósito protelatório do réu”, “conceitos ‘normativos *stricto sensu*’, já que o conteúdo e a extensão desses conceitos somente podem ser preenchidos caso a caso, mediante atos de valoração”. (CAMBI; NALIN, 2003, p. 86)³⁵

O Código de Processo Civil de 1973, embora já contivesse dispositivos contendo cláusula de abertura para a atuação judicial a fim de materializar direitos, a exemplo do art. 798, que confere o “poder geral de cautela”, prevendo que o juiz “poderá determinar as medidas provisórias que julgar necessárias...” e que, para evitar o dano, “poderá autorizar ou vedar a prática de determinados atos” (799), ainda não previa uma técnica com caráter de satisfatividade. A satisfação do direito dependia de observância do procedimento comum ordinário, que envolve cognição exauriente, o que demanda um longo percurso temporal.

Com efeito, o ideário de efetividade do processo, como um processo que provê o direito material tempestivamente, assegurando a eficácia social da tutela³⁶ e, portanto,

³⁴ Elio Fazzalari faz a distinção entre processo e procedimento, como já anotado. Para Fazzalari, o processo é uma espécie de procedimento em contraditório. O contraditório é a característica que permite afastar a absolvição do processo na “genérica fisionomia do procedimento” (FAZZALARI, 2006, p. 112). Nessa ordem de ideias, o procedimento como instrumento que garante efetividade pede a flexibilização da técnica pelo juiz para atender às necessidades de direito material, como defendem inúmeros processualistas, já apontados.

³⁵ A respeito da interpretação e da integração, Karl Larenz chama a atenção para uma metodologia da jurisprudência em si: “Agora já não se pergunta se esta ou aquela interpretação ou integração na esfera de sentido de uma pauta de valoração é acertada, mas o que é que acontece quando se interpreta uma lei, se concretiza uma pauta carecida de preenchimento e sobretudo quando e sob que condição pode ser considerada ‘acertada’ uma tal interpretação ou coordenação” (LARENZ, 1997, p. 340).

³⁶ Para Zavaschi (2008, p. 49, 50, 51), “a demora na fruição [do direito] constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação legitimadora da medida antecipatória. [...] Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito [...] Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela.

efetividade diretamente relacionada com celeridade, impunha reformas na legislação para alcançar esse propósito, de um processo voltado para o direito material, como instrumento para garantir a fruição de direitos. Nessa conjuntura iniciam-se reformas do Código de Processo Civil, a começar pela inclusão da antecipação da tutela pela Lei n. 8.952/94.

As alterações iniciadas em 1994 podem ser inseridas no contexto de uma visão socializadora do processo, cuja linha doutrinária foi idealizada por *Anton Menger* (França), *Franz Klein* (Áustria) e *Oscar Von Bülow* (Alemanha).³⁷ Essas proposições teóricas compõem a base para o reforço de um paradigma de estado social que defende um protagonismo judicial (enfraquecimento do papel das partes e reforço do papel dos magistrados), destinado a uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material, um procedimento oral e o processo como relação jurídica e instituição estatal de bem-estar social, com escopos políticos, sociais e econômicos.³⁸

Esse ponto será retomado no tópico 2.3, quando forem apresentadas justificativas para introdução de cláusulas abertas nas regras de procedimento e sua efetiva ocorrência com as reformas do Código de Processo Civil brasileiro, cuja finalidade é de conferir maior poder ao juiz de adaptar a técnica ao caso. Antes, tratar-se-á do momento histórico de surgimento das cláusulas abertas, que se processou no movimento de codificação do fim do século XIX e do século XX, e das razões de sua expansão nos códigos civil e de processo civil brasileiros.

[...] O perigo, quando existe, diz respeito à eficácia social da sentença, ou seja, à sua aptidão para tornar concreta sua eficácia jurídico-formal.”

³⁷ Menger defendia uma atividade compensadora de desigualdades sociais pelo juiz; Bülow delineou uma teoria da relação jurídica processual e defendia uma teoria da criação judicial do direito; Klein sustenta a necessidade de criação de uma legislação embasada na oralidade e na forte direção do processo pelo juiz. (Cf. NUNES, 2009, p. 79-106). Segundo Dierle Nunes, esta linha socializadora consolidou o dogma do protagonismo judicial, servindo de base para todas as reformas processuais do século XX, além de ter criado, com a sua deturpação, ora um modelo de aplicação solitária do direito pelo juiz, com enorme enfraquecimento do papel dos outros sujeitos processuais, ora um modelo neoliberal de processo, preocupado tão somente com uma produtividade industrial de decisões em diminuto espaço processual.

³⁸ O ideal da organização processual francesa de 1807 era o carácter imediato e oral do processo, a concentração processual e o poder dispositivo das partes sobre a matéria processual; tudo isto correspondia à desconfiança no poder absolutista do Estado e no corpo dos juristas e à esperança no sentido de cidadania; o oposto a estes ideais era, pelo contrário, o processo secreto e escrito conduzido perante o juiz nomeado ou dependente da autoridade ou pertencente a uma ordem privilegiada. [...] Na Alemanha, a vontade política de reforma [...] dirigiu-se ao mesmo tempo contra o processo do direito comum e contra o processo autoritário do absolutismo esclarecido prussiano. (WIEACKER, 1967, p. 532)

2.1 Cláusulas abertas: Surgimento e expansão³⁹

Franz Wieacker, ao tratar dos pressupostos gerais do movimento de codificação do fim do século XIX, com ênfase para a Alemanha — onde, no mesmo século, a ciência jurídica “dominou o direito privado do seu tempo” em virtude de a dogmática do direito comum ter feito as vezes de um código de direito privado comum a toda a Alemanha —, desenvolve razões históricas em decorrência das quais houve a transição da ciência para a legislação, o que representaria um avanço das liberdades civis. Acentua que as codificações ali não estão ligadas apenas ao fenômeno de um Estado unificado (reportando-se às tentativas, ocorridas logo após 1848, de edição de um direito legislativo comum a toda a Alemanha), mas também a certos pressupostos culturais, bem como a concepções axiológicas e, nesse ponto, refere-se aos movimentos de unificação nacional da burguesia liberal como os “adeptos mais fervorosos da codificação”. Por isso, coloca que a imagem do direito nos códigos civis é de “uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade, da propriedade e da liberdade contratual”. Sob essa perspectiva se desenvolvem e se expandem os códigos (WIEACKER, 1967, p. 524-528).

Para a sociedade real daquela época, isso significava que a ordem jurídica era uma ordem “particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial”, ficando outros grupos sociais excluídos da codificação. É nessa linha histórica que Wieacker vai apresentando o desenrolar do processo de codificação alemã, com indicação, por exemplo, do envolvimento de juízes e professores na busca de um código de direito obrigacional comum a toda a Alemanha (trabalhos prévios iniciados em 1861) e que, embora não tenha obtido êxito, contribuiu para o primeiro projeto do BGB, entre outros movimentos, como o de elaboração da organização judiciária no âmbito do processo civil, para alcançar o momento histórico de elaboração do Código Civil Alemão, publicado em 18 de agosto de 1896, com entrada em “vigor no primeiro dia do novo século (1900)” (WIEACKER, 1967, p. 528 e 540).

O BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), Código Civil alemão, foi uma codificação que veio corresponder ao ideal positivista da plenitude e da estrita vinculação do juiz à lei. De estrutura conceitual rigorosa e de “uma renúncia quase total à casuística”. Afora o problema da

³⁹ Na presente dissertação, os termos “cláusula geral” e “cláusula aberta” serão utilizados como sinônimos e será adotada a concepção de cláusulas gerais apresentada por Judith Costa e referida na sequência do texto — com cuidado para não confundir com a ideia de generalidade, característica ínsita às regras e princípios de direito, no sentido de aplicação a uma generalidade de casos, abstratamente — para subsidiar o estudo da presença de cláusulas dessa natureza no processo civil e o reflexo no espaço de atuação do Órgão Judiciário do Estado sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

abstração, que compromete a acessibilidade das regras gerais e gera a necessidade de ulterior regulamentação especial, o legislador, segundo Wieacker, conseguiu afastar-se, em certos casos, da escolha entre “uma abstracção empobrecedora e uma casuística acanhada através das chamadas *cláusulas gerais*” que, para o mesmo autor, se manifestam através de “linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade.” (WIEACKER, 1967, p. 545)⁴⁰

Desde o início do século XX é o § 242 do Código Civil alemão o mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, embora outros dispositivos do mesmo BGB sejam também tradicionalmente apontados como tais (COSTA, 1999, p. 287, 291).

O surgimento das cláusulas gerais na Alemanha no final da segunda década do século XX se deu em razão de problemas econômicos advindos da Primeira Grande Guerra Mundial. Neste contexto é identificado o momento histórico que gerou, no direito alemão, as cláusulas gerais e é também a ocasião em que o Poder Judiciário foi chamado a intervir para o fim de equilibrar relações contratuais surgidas em decorrência da hiperinflação que ocorreu àquela época, cuja solução jurídica apta a afastar tal desequilíbrio foi encontrada em três dispositivos do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que contava com duas décadas de vigência, quais sejam, os parágrafos 138, 242 e 826, cuja “característica central é a de autorizar explicitamente o uso de idéias morais como boa-fé e bons costumes”. (MENKE, 2004, p. 11)

Nesse contexto e nesse específico evento histórico tem-se “o início efetivo da aplicação das cláusulas gerais no direito alemão, e, por assim dizer, o seu nascimento”. (MENKE, 2004, p. 11)

Deve-se salientar, por outro lado, para o que Judith Costa (1999, p. 286-8) também chama a atenção, a respeito dessa nova compreensão da relação obrigacional privada no direito alemão: A aprovação do BGB, em 18 de agosto de 1896 “deu-se sob fortes críticas ao ‘caráter elástico’ de algumas de suas disposições e ao apelo ‘demasiadamente freqüente’, aí implicado, ao ‘poder discricionário do juiz’”.

Nesse sentido, Wieacker (1967, p. 546) afirma que a jurisprudência civilista alemã, diante das exigências que as cláusulas gerais colocam à “obediência inteligente” do juiz, passou a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, “a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social”. Ocorre, de outro lado, uma fuga para as cláusulas gerais,

⁴⁰ Wieacker se reporta a “Hedeman, *Flucht in d. Generalklauseln (1933)* [...] que contudo se refere mais ao perigo da aplicação das cláusulas gerais pelo juiz educado no respeito pela lei numa comunidade axiológica em desagregação, do que o problema da função de orientação destas cláusulas” (1967, nota 22, p. 545).

[...] para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. Todas estas manifestações se baseiam no facto de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer actividade subsuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial firme. Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas. (WIEACKER, 1967, p. 546, 547)

Contudo, independentemente do perigo dessa fuga para as cláusulas abertas, estas continuaram — e continuam — a ser fonte de criação judicial e de caminho para entrada de “novos valores nos sistemas legislativos”. (MENKE, 2004, p. 13)

Uma percepção voltada para a atividade criadora da jurisprudência relativamente a princípios é obtida em Karl Larenz (1997, p. 190-201). Este autor, a propósito da busca da solução justa para o caso concreto por meio da atividade criadora da jurisprudência, ao arripio de um positivismo legalista estreito, observa que um dos primeiros a acentuar essa questão, de conformação e desenvolvimento paulatino do Direito, foi Josef Esser, para quem cabe à sentença judicial, especialmente à prática jurisprudencial constante, “o papel de funcionar como um ‘transformador’ dos ‘princípios pré-positivos’ em ‘proposições e instituições jurídicas positivas’” (LARENZ, 1997, p. 192). Ainda com apoio em Esser, aduz:

A jurisprudência não constitui o Direito vigente apenas onde a lei deixa de se pronunciar, ou onde é de facto cometida ao juiz a conformação da norma através das chamadas cláusulas gerais, normas em branco ou a remissão a Standards (como os “bons costumes” ou os “usos do tráfego”) — embora, “à luz de princípios não codificados e com vinculação (controlada apenas pelos próprios tribunais) a critérios extra-legais, mas em todo o caso ‘objetivos’, ou seja, critérios convencionais de base empírica e densidade variáveis”. Toda a “aplicação” da lei é já uma interpretação e o achamento do Direito não é “nunca mero trabalho de subsunção” [...] A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito... (LARENZ, 1997, p. 193)

Larenz prossegue investigando sobre a norma de decisão. Aduz que prefere entender como norma de decisão, “da qual haja de decorrer a conseqüência jurídica, a norma legal”, numa perspectiva de vinculação do juiz (à construção da norma do caso e à lei). Essa visão é construída para a hipótese em que a situação de fato ainda por julgar está na dependência da detecção da norma a incidir na aplicação. Assim,

se o elemento de previsão da norma estiver suficientemente definido, tal ocorrerá por meio de subsunção lógica; a não ser assim, mediante a concretização, comparação de casos, ordenação a um tipo, ou esclarecimento da valoração legal ou do princípio subjacente, tendo em vista permanentemente o caso em questão. (LARENZ, 1997, p. 201)

Nessa linha, Humberto Ávila (1997, p. 413-465) também distingue o método subsuntivo, que é possível quando há identidade conceitual entre o conceito fático e o normativo, quando houver tipificação máxima, e, portanto, não houver espaço para valorações, a exemplo da menoridade prevista no Código Civil. Já diante de cláusulas abertas, tornam-se necessárias outras considerações, incumbindo ao juiz avaliar toda a potencialidade do caso.

Ávila (1997, p. 439-444) alinha cinco elementos que devem integrar a aplicação do direito na concreção: a busca da finalidade concreta da norma, a pré-compreensão (elemento subjetivo prévio do aplicador), a valoração do juiz quanto aos resultados da decisão (aspecto teleológico), o consenso como fundamento parcial da decisão (parcial diante da dificuldade de se obtê-lo na sociedade moderna) e o precedente judicial.⁴¹

⁴¹ Fabiano Menke (2004, p. 22-29), no ponto relativo aos precedentes, trata do papel destes na concreção das cláusulas gerais, apresentando estudo sobre o grupo de casos, desenvolvido na Alemanha. A formação de grupo de casos depende de haver identidade fático-normativa. Nesse ponto, interessante adiantar a questão da jurisprudência no Brasil, como será tratado no Capítulo 5, para salientar a importância do exame detido sobre se realmente há identidade fática a atrair a incidência da mesma norma para determinado caso e atentar-se para o perigo das cláusulas abertas, como já levantado com base na obra de Wieacker (1967). É que, até mesmo em relação ao método de grupo de casos, na Alemanha, há posições questionadoras de se ter tal método como verdade absoluta e que acaba por redundar em acomodação do aplicador da norma “que não mais examinaria a fundo o caso concreto, mas ficaria preocupado em enquadrá-lo e compará-lo aos casos individuais dos grupos de casos”. Além disso, a “formulação de tipos abstratos com a utilização do método de grupo de casos também geraria um problema de violação do princípio da separação de poderes, pois o juiz estaria criando norma abstrata (o que é tarefa do legislador) e se eximindo de aplicar o direito, ou fazer justiça, no caso concreto, que seria, essa sim, a função precípua do julgador” (MENKE, 2004, p. 25). Essa crítica se deve especialmente ao se ter o grupo de casos como a expressão de um pensamento jurídico efetivo e generalizado. Todas essas considerações apresentadas por Fabiano Menke parecem poder ser aproveitadas, como crítica, à técnica dos recursos repetitivos, prevista no Código de Processo Civil, bem como ao Incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto previsto no Projeto de Código de Processo Civil (BRASIL, 2010). O Superior Tribunal de Justiça noticiou, em 23/03/2010, sobre a reforma do Código de Processo Civil: “Comissão de Juristas discute sugestões sobre incidente de coletivização A Comissão de Juristas, presidida pelo ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil (CPC) reuniu-se nesta terça-feira (23), no Senado, para discutir sugestões a dois institutos que estão sendo considerados fundamentais para agilizar a tramitação de processos, como forma de tornar mais rápido o trabalho da Justiça: o incidente de coletivização e o processo de conhecimento. Incidente de coletivização é um novo instrumento que está sendo proposto ao CPC. O objetivo é transformar em uma única ação coletiva processos individuais semelhantes, para acelerar o trabalho da Justiça. Assim, sempre que uma nova ação surgir sobre algum assunto já decidido por incidente de coletivização — como, por exemplo, a contestação de assinatura básica de telefonia —, a decisão já produzida será automaticamente aplicada, sem a necessidade de tramitar novamente pela Justiça. Medida a ser aplicada somente em litígios que possam ser considerados de massa, o incidente de coletivização tem o objetivo ainda de evitar que ações semelhantes resultem em decisões diferentes, conforme entendimento de cada juiz responsável pela ação. [...]” (BRASIL, 2010).

A entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em 1990, abriu caminho para abertura e mobilidade do sistema no país (art. 51, IV, combinado com o art. 4º, III, da Lei n. 8.078/90). Mas o marco do papel de destaque conferido às cláusulas gerais no direito brasileiro tem sido considerado o Código Civil de 2002,⁴² com a consagração da função social do contrato (art. 421) e da boa-fé objetiva (422), tendo em vista ser uma característica fundamental da cláusula aberta a de que ela deve ser sempre expressa (COSTA, 1999, p. 291).

Zamira de Assis (2009), ao cuidar da ilicitude como fato jurídico e seus desdobramentos no Direito Civil Brasileiro, analisa o contexto histórico e teórico que “resultou na adoção irrestrita das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados pelo Direito Privado Brasileiro como fontes produtoras de **ilicitudes**.” (2009, p. 46-86) Reporta-se à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a partir da qual fora construída a Teoria Tridimensional do Direito (fato-valor-norma) por Miguel Reale, que embasou a formulação do Código Civil em vigor.

Zamira buscou desvelar que, em decorrência dessa adoção de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, os efeitos jurídicos do ilícito ficam na dependência de uma avaliação discricionária no âmbito judicial e ele, o ilícito, pode surgir no próprio espaço judicial, dada a “opção do legislador de 2002 de *deixar campo aberto à ação dos tribunais para criação do direito no momento de sua aplicação*” (ASSIS, 2009, p. 46). Refere-se à Mensagem 160 de 1975, em cuja exposição de motivos está consignada, expressamente, a intenção de abrir campo à ação construtiva da jurisprudência. Entre os valores éticos a que se faz referência estão os da boa-fé, da equidade e dos bons costumes, de que são exemplos os arts. 422 e 122.

Contudo, em uma democracia, como a que se vê instituída na Constituição de 1988, nenhuma restrição a direitos pode ser decidida fora do espaço argumentativo do devido processo, razão pela qual rechaça a teoria purificada de Hans Kelsen, bem como a sua norma pressuposta, porque os padrões de licitude e de ilicitude na teoria deste autor “passam a integrar o direito após decisões tomadas fora do espaço discursivo no qual não há qualquer

⁴² Gustavo Tepedino (2002) afirma que uma característica de particular relevância do Código Civil de 2002 é a de adotar a técnica legislativa de introdução de cláusulas gerais, as quais exigem cuidado especial do intérprete. Aduz que, em diversos códigos, como o Comercial Brasileiro de 1850, o alemão de 1896 e o italiano de 1942, embora existissem cláusulas gerais, não chegaram a ser utilizadas. O significado da boa-fé prevista no § 242 do Código Alemão (BGB) só foi determinado pela jurisprudência alemã depois de mais de quarenta anos dele em vigor. Atualmente, entretanto, há apenas semelhança das cláusulas gerais com aquelas do passado. O importante é, ainda segundo Tepedino, que, por meio da interpretação, seja retirado do “elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República” (TEPEDINO, 2002, p. XV-XXXIII, p. XV).

garantia de participação dos destinatários da norma”. A teoria pura não oferta esclarecimento. “É que em Kelsen (1996: 65), a decisão sobre se um determinado ato é ou não **lícito** ocorre dentro de um círculo hermético de normatividade da teoria pura do direito, no qual está incluída a norma fundamental [...]” (ASSIS, 2009, p. 83). No mesmo plano da Teoria Pura do Direito se encontra a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, que embasa o Código Civil, cujo fundamento ético ou social das normas também vai ser remetido para fora do campo da Ciência do Direito.

Ao fim, Zamira conclui com maestria, a propósito desse aspecto de sua tese, da inserção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados no Código Civil e de uma teoria que lhe subjaz no sentido de permitir a construção da decisão fora do espaço argumentativo, que sob o marco do Estado Democrático de Direito não se pode acolher uma teoria de decisão sobre licitude ou ilicitude à desconsideração da participação de seus interessados, num “círculo hermético de normatividade”, cuja leitura é realizada por pessoas “destacadas ‘na’ comunidade política”, posto que ser *parte* é uma conquista teórica inafastável e abrange ser *parte* na produção do dever ser, mediante o devido processo legal. Ou seja, nenhuma ilicitude pode ser criada fora do Processo, onde se oportuniza o contraditório e a ampla defesa. Essa é a orientação coerente com o direito democrático e que vem compor nossas conclusões, ao final.

Não obstante, da preferência pelas cláusulas abertas também não escapa o Código de Processo Civil Brasileiro. Essa tendência legislativa ganha força com o fenômeno da constitucionalização do direito⁴³, cuja repercussão se fez sentir no Código de Processo Civil antes mesmo da publicação do Código Civil de 2002, com a instituição da antecipação da tutela e da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, artigos 273 e 461, respectivamente, pela Lei n. 8.952/94.

Isso porque o reconhecimento da força normativa à Constituição, inclusive aos princípios nela insertos, repercutiu no modo de interpretar. “O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” (BARROSO, 2007)

⁴³ A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia tem como principal referência europeia a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã) de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início “uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. No Brasil, esse fenômeno ocorreu por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e *promulgação da Constituição de 1988*. A nova forma de ver a Constituição também influenciou o desenvolvimento da interpretação constitucional e, com isso, o papel do juiz. (BARROSO, 2007). Sobre a “nova interpretação constitucional” na pós-modernidade e pós-positivismo (BARROSO, 2009).

A técnica legislativa passa a adotar previsões normativas abertas,⁴⁴ deixando a cargo do intérprete sua concretização, devendo fazê-lo a partir das normas constitucionais, que se irradiam e orientam a interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais. Nesse contexto, a insuficiência do Estado Social, ou Estado providência, na implementação de direitos fundamentais, faz recrudescer o papel da função judiciária do Estado na concretização de cláusulas abertas por meio de atividade de valoração.⁴⁵

2.2 Cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios

Cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados têm pontos em comum e de distinção. Esta se verifica no fato de, na cláusula geral, não haver previsão da consequência legal (estatuição). Logo, a atividade do juiz vai mais longe; deve determinar os efeitos, as consequências práticas na concretização. Nos conceitos jurídicos indeterminados incumbirá ao magistrado apenas a determinação do conceito, porque a norma já apresenta as consequências, os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo.

Com efeito, nesse tópico, far-se-á uma breve abordagem⁴⁶ sobre a distinção entre cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios. O fim precípua é assentar que cláusulas abertas não se confundem com princípios jurídicos, embora possam contê-los, porque a função que cada qual exerce é diversa. E se distinguem também dos conceitos indeterminados.

A distinção entre cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios comporta algumas variações, como será explicitado a seguir, razão por que se apresenta a existência de debate a respeito, com algumas posições teóricas, bastando, contudo, constatar que, para a interpretação e aplicação do direito, a presença de normas com tais configurações

⁴⁴ Normas de “tipicidade aberta”, nas palavras de Maria Helena Diniz, que oferecem a vantagem de funcionar com maior flexibilidade, “possibilitando ao aplicador avançar além da interpretação e penetrar nos domínios da integração [...] Essa qualificação tipológica aberta, resultante da estrutura normativa integradora dos fatos relacionados a valores, permite a colmatação da lacuna civil pelas decisões dos magistrados”. E prossegue mais adiante: “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”. Assim, considera Maria Helena que o “direito deve ser considerado sob o prisma dinâmico, em constante mutação, sendo assim lacunoso” (DINIZ, 2002, p. 76, 77, 83).

⁴⁵ A própria natureza da legislação do Estado Social — preceitos assaz gerais, que desenham planos a serem gradualmente promovidos no futuro — como uma das razões do paralelo crescimento do ativismo judicial, ao lado do ativismo legislativo e administrativo é sinalizada por Mauro Cappelletti (2008, p. 8 e 9).

⁴⁶ O desenvolvimento desse tópico é feito com apoio nas teorias de Karl Engisch (2008) Karl Larenz (1997) e Franz Wieacker (1967), que são as que dão suporte a essa pesquisa, no ponto, às quais se somam ideias de Canotilho (2009), Humberto Ávila (2009), Paulo Bonavides (2009), e Luís Roberto Barroso (2009), estes quatro com destaque para princípios e interpretação, além de autores nacionais como Judith Costa (1999), Eros Roberto Grau (2005) e Alberto Gosson Jorge Júnior (2004), os quais também são consideradas no desenvolvimento do capítulo.

repercute no sentido de tornar quase sempre imprescindível que o Estado-Juiz, em face de situação concreta, tenha de fazer valorações.

Karl Engisch (2008) desenvolve sua exposição sobre cláusula geral mediante contraposição ao método de elaboração casuística das hipóteses legais. É essa a forma adotada pelo autor para conferir significação própria à cláusula geral.

A casuística constitui “a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. Não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais. (ENGISCH, 2008, p. 228-229)

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo, em larga escala, são incertos. Há neles um núcleo conceitual e um halo conceitual. Naquele há uma “noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito” e neste é onde começam as dúvidas (ENGISCH, 2008, p. 209). São raros os conceitos absolutamente determinados no Direito. Os conceitos são dotados de vagueza, abstração, cuja extensão só é possível de ser aferida quando da aplicação da norma.⁴⁷

Entre os conceitos indeterminados, encontram-se os conceitos normativos, que se contrapõem aos descritivos. Estes designam, descritivamente, os objetos reais e que de certa forma participam da realidade, são perceptíveis, como homem, morte, escuridão. Contudo, entre estes também podem se encontrar os conceitos normativos. Homem, morte e escuridão têm, enquanto conceitos jurídicos, uma significação *sui generis*.

Para definir, de forma estrita, os conceitos normativos como uma classe especial dos conceitos indeterminados, tem-se que são aqueles “conceitos ‘carecidos de um preenchimento valorativo’”, caso a caso. E sobre saber como essa valoração se dará, de forma subjetiva de quem aplica o Direito ou se tem de procurar ligação a valorações preexistentes, entra em ação a “classe dos conceitos discricionários” (ENGISCH, 2008, p. 213-14).

A classe dos conceitos discricionários “se põe[m] ao serviço do afrouxamento da vinculação legal” e é nesse ponto que Engisch alerta para que a discricionariedade, por ser também um conceito plurissignificativo, adquire especial importância no Direito Processual,

⁴⁷ Eros Roberto Grau tem posição diversa da apresentada por Engisch. Entende se tratar não de conceito indeterminado, mas de termo jurídico indeterminado. Para Grau, a indeterminação é do termo jurídico, não do conceito, que seria uma ideia universal. Logo, o mais correto seria se referir a termos indeterminados de conceitos. “Se é indeterminado o conceito, não é conceito” (GRAU, 2002, p. 196).

no que afeta à sindicabilidade da decisão (2008, p. 214).⁴⁸ Quanto à cláusula aberta, ante seu conceito multissignificativo, prefere Engisch (2008) olhá-la como conceito que se contrapõe a uma elaboração “casuística” das hipóteses legais. Esclarece que a distinção entre eles é apenas relativa e que não se excluem mutuamente. Uma combinação que, inclusive, é concebida como aconselhável é o método exemplificativo.

Judith Martins Costa apresenta cláusula aberta também numa perspectiva de técnica legislativa, mediante a contraposição à forma casuística e corrige sua posição anterior, que acolhia a ideia de generalidade, para afirmar que se trata de vagueza semântica, entendida como “*imprecisão de significado*”. É que, segundo a autora, o conceito de cláusula geral é multissignificativo. As cláusulas abertas têm caráter multifacetário, o que dificulta a conceituação. (COSTA, 1999, p. 188, 291, 303)

Portanto, revê seu entendimento sobre a ideia de generalidade em oposição ao que é proposto por Karl Engisch. É que, segundo Judith, os métodos de legislar mediante princípios e conceitos jurídicos indeterminados também se opõem à técnica da casuística. E todos eles — cláusulas abertas, princípios e conceitos jurídicos indeterminados — “pertencem a um campo que se marca por alto grau de vagueza semântica”. O adjetivo “geral” quer indicar a extensão do campo “previsivo-estatutivo, uma ‘previsibilidade geral’ de condutas, ao modo de ensejar o tratamento ‘em conjunto’ de um vasto domínio de casos”. (COSTA, 1999, p. 299, 304)

Dentro da vagueza socialmente típica — emprego de expressões programaticamente vagas — surge o critério de aplicação que será “constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado”. (COSTA, 1999, p. 313) Já quando se tratar de vagueza comum — que não demanda nenhum critério valorativo —, a exemplo do art. 593 do nosso Código Civil (animal bravo), esse tipo de expressão linguística pode ser compreendida e aplicada pelas regras da experiência.

Fabiano Menke (2004) também explicita, como característica das cláusulas gerais, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga e, em contraponto, a necessidade de precisão, de construção por parte do intérprete. Também o fato de que elas devem, necessariamente, ser expressas, não se podendo falar em cláusula geral implícita.

Enfim, o que caracteriza as cláusulas gerais enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o “*emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da ‘fatispecie’ ou a conferência de um mandato — cujo significado pode ser semanticamente impreciso — ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as conseqüências normativas visadas.*” (COSTA, 1999, p.

⁴⁸ O aspecto específico da discricionariedade em Engisch será tratado no Capítulo 4.

306) Para Judith Costa, há, então, os conceitos jurídicos indeterminados relativos a valores e os concernentes a realidades fáticas. Os primeiros se aproximam das cláusulas abertas, posto que também eles apresentam vagueza semântica e necessidade de reenvio a pautas valorativas para fundamentar a linha argumentativa da decisão.

Para a finalidade dessa pesquisa importa ter em mente que as cláusulas abertas, seja pela afirmativa de concessão de “mandato” ao juiz para que “ele” promova sua concreção, seja pela necessidade de “preenchimento valorativo” de expressões ou termos vagos ou de conceitos indeterminados (normativos ou discricionários) que abrem espaço para apreciação do justo, a questão é o caráter democrático da reconstrução do direito, uma vez que a atividade decisória, para se harmonizar com o Direito Democrático, demanda uma forma racional e legítima de integração da norma, ou seja, numa perspectiva de racionalidade comunicativa a partir de um “discurso sem violência, permitindo desta forma realizar o entendimento e suscitar o consenso.” (CARVALHO, 2008, p. 70)

Ademais, há convergência de ideias quanto à exigência de integração, pelo órgão judiciário do Estado, em face de cláusulas abertas. Nestas, revela-se imprescindível a fixação da consequência jurídica correlata. Já nos conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento valorativo é suficiente para que o juiz esteja apto a julgar de acordo com a consequência estipulada no texto legal.

Nelson Nery Jr. (2002, p. 6), na esteira das posições teóricas *supra*, expõe que as cláusulas gerais têm significação paralela aos conceitos legais indeterminados. São normas que orientam a aplicação do direito sob forma de diretivas, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado que está pela formulação geral própria da cláusula geral, que tem natureza de direito.

A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados se dá, ainda segundo Nelson Nery Jr. (2002, p. 6-7), pela finalidade e eficácia,⁴⁹ pois estes, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar tal solução. Já as cláusulas gerais, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso para que se lhe dê a solução

⁴⁹ Também nesse sentido, conferir Jorge Júnior (2004). Para Alberto Gosson Jorge Júnior, igual expressão vaga pode funcionar como cláusula geral ou como conceito jurídico indeterminado, ou até mesmo como princípio. Depende da funcionalidade da expressão.

que ao juiz parecer correta, ou seja, concretizando os princípios gerais do direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer.

Os conceitos legais indeterminados, termo preferido por Nelson Nery Jr., ao invés de termos “jurídicos” indeterminados por estar a indeterminação na norma legal e não na forma, são, portanto, palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Nesse caso, o conceito está enunciado na lei e já fixadas as consequências daí advindas. (NERY JR., 2002, p. 5)

O conceito indeterminado se transmuda em determinado pela função que tem de exercer no caso concreto. Exemplifica com “boa-fé”, “bons costumes”, “ilicitude”, “abuso de direito”, pois o juiz terá de concretizá-los. “São, na verdade, o *resultado* da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais”. (NERY JR., 2002, p. 6).

Chama, ainda, a atenção para o fato de que as cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, daí a importância do papel do juiz “no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais”. (NERY JR., 2002, p. 6)

Repise-se que a ideia de inserção de cláusulas abertas no ordenamento brasileiro, quando da elaboração do Código Civil, questão aqui apontada por haver contagiado as normas de processo, foi a de permitir que a comunidade jurídica tenha papel ativo na determinação do sentido e do alcance das normas jurídicas, consubstanciando, assim, um ordenamento aberto.

A visão é, portanto, que as cláusulas gerais apresentam mobilidade que permite a constante atualização do ordenamento. Desenham a hipótese legal e suas consequências como uma vaga moldura, permitindo a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta estranhos “ao *corpus codificado*, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.” (COSTA, 1999)

Diante da intencional vagueza amplia-se o campo semântico com reflexo na atividade de aplicação da norma pelo juízo, que terá de desenvolvê-la, “mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”. Nesse sentido, as cláusulas gerais permitiriam o ingresso, no ordenamento jurídico, de “princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta [...] de diretivas econômicas, sociais e políticas”, os quais passam a integrá-lo e as bases das decisões reiteradas permitem a

ressemantização da norma e a definição da dimensão de sua normatividade.⁵⁰ Esse seria o caminho para que o juízo não reproduza a fala do legislador, mas atribua “a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.” (COSTA, 1999)

Em relação à distinção entre cláusula aberta e princípio, há pensamento sobre não haver distinção. A esse respeito, Ruy Rosado Aguiar:

Todos sabemos que os termos através dos quais o legislador se expressa contêm conceitos indeterminados, discricionários e cláusulas gerais, assim como referidos na lição de Engisch (Introdução ao Pensamento Jurídico, 2ª ed., p. 170 e segs.), também examinados e classificados por Warat (Mitos e Teorias na Interpretação da Lei, p. 96 e segs.). O preenchimento dessa vaguidão leva o Juiz a atribuir à lei o conteúdo que considera o mais adequado, exercendo então atividade eminentemente criadora. As cláusulas gerais são inesgotáveis recursos de que poucos Juizes brasileiros lançam mão para o encontro da decisão justa, mas que aí estão (por exemplo, art. 5º, da Lei de Introdução ao CC; art. 159 do CC; o princípio de igualdade, consagrado no art. 5º da CF) e tendem a crescer nas legislações mais modernas. (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 17)

Contudo, observa-se que há distinção entre cláusula aberta e princípio, principalmente quanto à estrutura e funcionalidade, sendo certo que aquela pode até conter algum princípio e conceito indeterminado, mas é ela mesma uma regra a ser diretamente aplicada ao caso e essa aplicação pode dar ensejo a incorporação de algum princípio. Por exemplo, o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, em que deixa aberto ao Estado-Juiz fixar medidas que julgar necessárias. Não se trata de um princípio, mas de uma regra diretamente incidente no procedimento, para, diante da situação debatida, concretizá-la. E essa concretização pode passar por fundamentação acerca de princípios que justificam, ou não, a medida. O princípio, não. No aspecto em que se aproxima de cláusula aberta, ele tem a característica de um vetor

⁵⁰ Esse ideal apresentado por Judith Costa levanta a questão do caráter democrático do direito, na perspectiva do marco teórico, referido na Introdução, quando se refere ao ingresso, no ordenamento, de princípios e valores ainda inexpressos legislativamente. Ou seja, que não integram o ordenamento de forma democrática. Em contraposição, Jürgen Habermas (2003, p. 312, 313, 315, 316, 319), explicita que o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. O universo moral abrange as pessoas naturais em toda a sua complexidade, havendo uma proteção da integridade dos sujeitos completamente individuados, enquanto, numa comunidade jurídica, a proteção se dá enquanto sujeitos portadores de direitos subjetivos. E a pretensão de legitimidade que “acompanha as normas do direito e a prática legislativa, ao contrário da pretensão de validade normativa dos mandamentos morais, que é claramente delineada, apóia-se em tipos diferentes de argumentos”. Embora os direitos humanos possam ser fundamentados como direitos *morais*, “a partir do momento em que os concebemos como elemento constitutivo do direito, eles não podem ser impostos paternalisticamente a um legislador soberano.” De outro lado, quanto à ressemantização da norma e à definição da dimensão de sua normatividade por meio da reiteração de decisões judiciais revelaria a aproximação com a ideologia dos precedentes, na visão de Fredie Didier Jr. (Cf. DIDIER JR., 2010, p. 69-83). Não obstante, é certo que o ordenamento brasileiro se filia à família de direito romano-germânica e a jurisprudência, própria desse sistema, se difere daquele outro, como se pretende apontar ainda que brevemente no Capítulo 5. Por isso, é preciso ver essa aproximação com cautela, isto é, guardadas as diferenças entre a formação do precedente e as técnicas lá adotadas e a formação da jurisprudência, no Brasil.

interpretativo de outras normas, embora a cláusula aberta também apresente a finalidade de abrir espaço à interpretação e concretização, mas para o caso ou nos limites de um determinado grupo de casos.

O estudo dos princípios envolve complexidade, mas será feita breve incursão no tema apenas para elucidar a visão em relação às cláusulas abertas. Certamente, parte-se da ideia de princípio como norma jurídica, ao lado das regras. O princípio atua normativamente e serve de ponto de partida.

Considera-se, aqui, a ideia de abertura, que envolve as cláusulas abertas e os princípios, relativamente à delegação aos órgãos concretizadores bem como à densidade normativa, esta no sentido de exigir preenchimento, o que sugere a ocorrência de variabilidade do espaço de liberdade de conformação (discricionariedade).

De acordo com Paulo Bonavides (2009, p. 255-295), os princípios constitucionalizados são as normas-chave de todo o sistema jurídico. A normatividade é o traço comum de acepções de princípio como norma provida de alto grau de generalidade ou de um alto grau de indeterminação, o que requer concretização por via interpretativa; ou como norma programática ou, ainda, como norma dirigida aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Há os princípios abertos que são, sobretudo, os da Constituição, como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, Estado de Direito, Estado Social, democracia, separação de Poderes. Todavia, nessa percepção de alto grau de generalidade, Bonavides se reporta à preocupação de “Mestres do Direito Público contemporâneo” com os limites e eficácia de tais normas e passa a cuidar da ideia de fecundidade dos princípios, que envolve duas funções capitais: a interpretativa e a integrativa, o que permite chegar ao grau constitucional dos princípios, dado que, nessas funções, o recurso aos princípios se dá para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para lhes suprir o silêncio. (BONAVIDES, 2009, p. 270, 274)

Canotilho (2009) parte da ideia — referindo-se ao “sistema jurídico do Estado de direito democrático português” — de que a Constituição é um sistema normativo aberto de regras e princípios: É um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; aberto, porque tem uma estrutura dialógica, aberta à captação de concepções cambiantes de “verdade” e “justiça”; e é um sistema normativo, porque a “estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; e um sistema de regras e princípios, porque são sob essas formas que se revelam as normas do sistema”. (CANOTILHO, 2009, p. 1159)

A distinção entre regras e princípios é feita por Canotilho como diferenciação entre espécies de normas, e o faz considerando os aspectos do grau de abstração, relativamente elevado nos princípios; do grau de determinabilidade, sendo que os princípios, em razão de serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador e do juiz); do caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito ou seu caráter estruturante (ex.: o princípio do Estado de Direito); da proximidade da ideia de direito: Os princípios radicam a ideia de justiça ou de direito; da natureza normogénica: Os princípios são fundamento de regras. (CANOTILHO, 2009, p. 1160, 1161)

A visão dos princípios jurídicos como normas, e considerando sua “textura aberta”, permite compreender que o ordenamento respire. Propicia, também, a legitimidade do sistema, com base, por exemplo, em princípios de liberdade e democracia, bem como que o sistema caminhe por meio de procedimentos adequados “possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.” (CANOTILHO, 2009, p. 1162, 1163)

De se ressaltar que há princípios, como os princípios-garantia, a exemplo do princípio da legalidade estrita, do juiz natural, do *in dubio* pro réu, que têm densidade normativa de autêntica norma e que são chamados de “princípios em forma de norma jurídica”. (CANOTILHO, 2009, p. 1167)⁵¹

Dworkin (2002) apresenta distinção entre regra e princípio no sentido de que aquela é aplicável à maneira do tudo ou nada. Ocorrido o fato nela estipulado, a regra será válida; caso contrário, a regra em nada contribuirá para a decisão. Já a dimensão de peso ou valor, só os princípios a possuem, o que indica ser este o critério mais seguro de distinção entre estes e aquela. (DWORKIN, 2002, p. 39, 42)

Há termos, como “razoável”, “significativo”, insertos em uma disposição legal que fazem com que uma regra se assemelhe a um princípio, porque, nesse caso, a aplicação daquela fica na dependência, “até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. [...] Mas não chega a transformar a regra em princípio” porque aqueles termos restringem o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. (DWORKIN, 2002, p. 45)

⁵¹ A contraposição entre princípios abertos e princípios com forma de proposição jurídica é apresentada por Karl Larenz (1997, p. 682-683). Cuida, também, este autor, de conceitos jurídicos determinados pela função. Entre eles, inclui conceitos como “ilicitude”, “negligência”, “boa” ou “ma-fé”, que são conceitos *puramente normativos*. “Tanto o princípio como o conceito determinado pela função remetem para algo que está para além deles: o princípio para as concretizações em que o seu sentido se desenvolve; o conceito determinado pela função remete de novo para o princípio” (LARENZ, 1997, p. 692).

Judith Costa acentua que a confusão entre princípio jurídico e cláusula aberta decorre, no mais das vezes, pelo fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio “reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.” (COSTA, 1999, p. 323)

Para tentar aclarar o que veio a dizer, atenta Judith Costa (1999, p. 323) para a circunstância de não se pode pensar em “cláusula geral inexpressa”. Por se constituir em técnica legislativa, deve estar formulada na lei. Com efeito, para a compreensão de que há princípios expressos e implícitos no ordenamento, esse seria um ponto de distinção. A distinção se mantém, pois, no campo residual relativo aos princípios expressos, porque não há como pensar em cláusula geral que não promova o reenvio a outros espaços do ordenamento, “seja a *Standards*, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos”. Mas há princípios que não contêm conceitos dotados de vagueza semântica, nem mesmo de vagueza socialmente típica e que, portanto, não promovem o reenvio.⁵² E, no campo ainda residual há os princípios expressos que referenciam valores como correção, moralidade pública, razoabilidade, etc., com alto grau de vagueza semântica. Ainda aqui seria indevida a equiparação, porque o que há é uma cláusula geral que contém um princípio.

Em conclusão, Judith expõe não se poder confundir cláusula geral com princípio jurídico, notadamente se considera toda a “extensabilidade que lhe é própria”. Tanto a princípio jurídico quanto a cláusula geral pode ser atribuída vagueza semântica, que é uma questão de grau e não de característica. O equívoco vem da indistinta referência a “princípio da boa-fé”, “cláusula geral da boa-fé”, quando a questão é de estrutura e de função das cláusulas gerais. (COSTA, 1999, p. 324)

⁵² É de se reforçar as ideias de vagueza comum e de vagueza socialmente típicas, apresentadas por Judith Costa. Para a autora, vagueza é uma questão de grau. Não se existe ou inexistente. Daí expressões do tipo “zona de penumbra”, “zona de franja”, “*borderline*” (COSTA, 1999, p. 307). A vagueza pode não constituir um defeito de linguagem, mas perseguir determinadas finalidades, como o caso de normas programáticas. Explicita essa autora que vagueza comum é aquela que pode ser resolvida pela experiência, sem que seja necessário o reenvio para parâmetros valorativos, a exemplo de “animal bravo”, o que difere da vagueza socialmente típica. Esta indica justamente aqueles casos de vagueza de expressões programáticas, 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’”. Apresenta, como exemplos de termos e expressões com a conotação de vagueza socialmente típica, contidos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, “boa-fé”, “abuso de poder”, “bons costumes” “justo receio”, “necessidade manifesta”, “prazo razoável”, “circunstâncias do caso”, “exigências do bem comum”, “equidade”, “abuso de direito”, entre outros, para dizer que, entre os termos ou expressões que menciona, nem todos caracterizam cláusulas gerais, mas a maior parte é indicada pela doutrina como conceitos jurídicos indeterminados. Para a autora, a expressão “vagueza socialmente típica” indica gênero do qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados. Em outros casos, as expressões podem indicar o que se entende por *princípios jurídicos* (COSTA, 1999, p. 313-315).

As cláusulas abertas só podem operar à vista dos casos concretos e têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Não se tratam de um princípio geral porque estão sempre situadas setorialmente, num certo domínio de casos. Têm, primariamente, função individualizadora, conduzindo o direito ao caso. A mobilidade pode ser externa, como já mencionado, por meio de ingresso de valores ainda extrajurídicos, e pode ser interna, no sentido de aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos. Trata-se, pois, de uma função operativa, cuja concreção especificativa, ao invés de estar pré-constituída, haverá de ser construída pelo julgador, mas não têm o mesmo alcance dos princípios jurídicos.(COSTA, 1999, p. 324-325)

Humberto Ávila (2009), numa linha de entendimento bastante peculiar, apresenta um conceito de regras e um de princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2009, p. 78, 79, em itálico no original)

Para alcançar essa visão, Ávila promove desconstruções de algumas ideias, das quais se destacam alguns aspectos, de maior interesse para o tema da distinção entre cláusula aberta e princípio. Entre eles, o de que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação. A partir dessa assertiva, observa que não há correspondência entre norma e dispositivo. Logo, não é possível chegar-se à conclusão de que “este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem”. (ÁVILA, 2009, p. 30-34)

Para Ávila, a qualificação de determinada norma como regra ou princípio depende da colaboração constitutiva do intérprete, do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética. Exemplifica com o princípio da anterioridade no direito tributário. A *regra* extraída é de mera exigência de publicação da lei que houver de instituir ou aumentar tributo. Como princípio, para concretização, com a finalidade de realizar o valor segurança e vedar o aumento de tributo no meio de exercício financeiro, ou com o objetivo do valor confiança. (ÁVILA, 2009, p. 42, 43)

A percepção de Ávila é no sentido de que a distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. A primeira, de antecipar a característica da espécie normativa para facilitar seja encontrada pelo intérprete ou aplicador e, em segundo lugar, *aliviar* o “ônus de argumentação do aplicador do Direito” para minorar — jamais eliminar — a necessidade de fundamentação (ÁVILA, 2009, p. 65).

Cumprido destacar, ainda com apoio em Ávila, sua compreensão sobre as inconsistências, semântica e sintática, que decorrem da distinção regra/princípio com base no grau de abstração e generalidade. Com relação à primeira, a semântica, salienta que toda norma, “veiculada por meio da linguagem, é, em alguma medida, indeterminada, descabendo, por isso, fazer uma distinção entre as espécies normativas com base em algo que é comum a todas elas — a indeterminação.” Além disso, a indeterminação pode se clarificar em face do caso concreto. (ÁVILA, 2009, p. 85)

Também não cabe a distinção no que tange ao conteúdo valorativo, porque toda norma se destina a atingir determinada finalidade e as regras servem para concretizar pelo menos dois valores, o da segurança e o do valor substancial específico.

Prossegue Ávila dizendo que a inconsistência semântica traz implicações no plano sintático. Os problemas que verifica são, antes, o da possibilidade de supervalorização dos princípios e, ao final, o da legitimação da “flexibilização na aplicação de uma norma que a Constituição, pela técnica de normatização que utilizou, queria menos flexível.” (ÁVILA, 2009, p. 86)

No que concerne à distinção “forte” entre regras e princípios, e nesse ponto Ávila se refere a Dworkin e a Alexy, também entende que há inconsistências. A inconsistência semântica está na ideia de definição de princípio com base no modo final de aplicação e no modo de solução de antinomia. Para o autor, o modo de aplicação, se por ponderação ou subsunção, não é adequado para distinção, porque as regras não fogem a esse padrão.

Em conclusão sobre as classificações, tanto a fraca quanto a forte, assevera Ávila que elas têm consequências para o aplicador do direito. Na “primeira haverá aplicação com alto grau de subjetividade em razão da elevada abertura da norma; na segunda haverá uma ponderação que irá atribuir um peso aos princípios colidentes no caso concreto”. (ÁVILA, 2009, p. 91)

As consequências nefastas dizem respeito a situações de flexibilização de norma à qual deveria ser assegurada maior rigidez. Ao caracterizar uma norma como princípio, com o fim de lhe garantir efetividade, legitima-lhe a flexibilização, enfraquecendo sua eficácia. Conclui Ávila:

com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função de razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado. (ÁVILA, 2009, p. 91)

Postas essas críticas, Ávila vai apresentar diretrizes para a análise dos princípios, tema que não se vai aqui adentrar. Basta, para o fim determinado nesse tópico, a observação de que não é simples distinguir cláusula aberta de princípio, bem como que há posições diversas que não conduzem a uma única conclusão.

2.3 A inserção de cláusulas abertas na estrutura normativa procedimental: Justificativa teórica subjacente e considerações críticas

No ambiente de busca de materialização de direitos fundamentais, a construção teórica acerca dos escopos do Processo e da sua efetividade se torna mais eloqüente.⁵³ A efetividade almejada diz respeito à realização do direito material, ou seja, à utilidade do provimento. Logo, está atrelada a uma decisão rápida e útil, razão por que se estabelece uma correspondência entre processo efetivo e técnica procedimental que garanta a celeridade na prolação do provimento. Visão que se reforça com o advento da Emenda n. 45/2004, que fez incluir o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República de 1998, assegurando a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁵⁴

⁵³ Sobre efetividade do processo e técnica processual, conferir artigo com esse título mesmo, escrito por José Carlos Barbosa Moreira, texto de conferência pronunciada em 12.12.94, no qual o autor traça algumas características da efetividade, como: O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados aos direitos; esses instrumentos devem ser utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos, ainda que indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; devem ser asseguradas condições para a exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de tempo e energias. Barbosa Moreira considera que a efetividade deve conviver com a boa técnica. Põe em relevo o papel instrumental da técnica, mas adverte para que se deve evitar suspeita de que a invocação da importância da técnica seja mero pretexto para reentronizar o formalismo (MOREIRA, 1997, p. 17-29).

⁵⁴ Razoável duração do processo é uma expressão fluida. A Constituição não fixou nenhum critério para determinar o que se pode entender por razoável duração. Essa previsão garantista é prevista no Pacto de São José da Costa Rica. Ademais, como preleciona Fernando Horta Tavares (2009, p. 111-118) em relação a tempo e processo, o direito “não pode sofrer corrosão ‘pela força do tempo’” porque o tempo não corrói “apenas passa; em si, o tempo nada pode corroer; já que flui em marcha: não tem força ou ação para corroer [...] alguém é quem pode causar danos a outrem...” (TAVARES, 2009, p. 113). Sob essa ótica, de que o tempo é um acontecimento natural e que, portanto, ainda que se admitisse que o direito pudesse ser corroído, tal

A busca dessa efetividade, com assento no “tempo do processo”, justificou o início das reformas do Código de Processo Civil, de modo a permitir a “tempestividade da tutela jurisdicional” (MARINONI, 2008, p. 210), com destaque para a introdução da técnica da antecipação da tutela no art. 273 pela Lei n. 8.952/94, bem como a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, art. 461, com vistas a superar a “ineficiência do velho procedimento ordinário” (MARINONI, 2008, p. 198).

Acrescenta-se a esse rol as cláusulas incluídas pela Lei n. 10.444/02 e pela Lei n. 11.418/2006, no § 6º do art. 461 e no art. 543-A, respectivamente.

O § 6º do art. 461 faculta ao juiz, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Ou seja, há uma autorização legal para que o juiz decida se modifica ou não o valor, dependentemente da valoração da insuficiência ou excessividade no caso concreto. O art. 543-A prevê que o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral e que, nos termos do seu § 1º, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Ou seja, a decisão que considera a existência, ou não, de repercussão geral, tem de valorar e fixar o alcance do conceito jurídico de repercussão geral, que poderá se dar à análise de relevância de questões extrassistêmicas e não poderá ser objeto de impugnação.

Vê-se que, além da Lei n. 8.952/94, em 2002 e em 2006 novas cláusulas abertas foram incluídas no Código. A questão é verificar como deve se efetivar a concretização dessas

ocorrência poderia derivar da “inércia, da incompetência e do desrespeito na sua aplicabilidade [do direito]”, Tavares passa ao exame do princípio constitucional da duração razoável. Acentua que houvera uma reconstitucionalização desse direito, porque, desde 1992, introduzido no Brasil pelo Pacto de São José da Costa Rica. Contudo, sem prejuízo da crítica feita quanto à redação do dispositivo, que se deve referir a duração da tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos e não do processo, que é um direito, a expressão “duração”, como módulo temporal, só pode dizer respeito a marcos de começo e fim. Logo, há uma vinculação com o conceito de prazo, demarcado normativamente para a prática de determinado ato procedimental. No plano da teoria do processo constitucionalizado e em cumprimento ao princípio da legalidade, não pode haver “quaisquer compressões ou supressões do exercício destes direitos [respeito a isonomia, ampla defesa, contraditório]” e, dentro da estrutura do próprio sistema processual brasileiro, “os meios que operacionalizam a tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos adequada ao Direito Democrático, somente são aqueles que se traduzem pela observância dos princípios fundantes da processualidade democrática”. Logo, a aplicabilidade do princípio da duração razoável, com “roupagem de direito fundamental, se define, em síntese, pelo asseguramento, a todos os litigantes, no âmbito judicial e administrativo — mas também aplicável às relações intersubjetivas — de demarcação temporal da observância dos atos procedimentais, utilizando-se dos meios legais para tal prática (previstos na Constituição Brasileira e na legislação infraconstitucional) com a finalidade de garantir a celeridade na tramitação”. (TAVARES, 2009:115) Também sobre duração razoável e efetividade, conferir (TAVARES, 2009a, p. 265-278).

cláusulas, tomando-se como ponto de partida a concepção de Jurisdição e Processo sob o marco do Direito Democrático.

É que, para a linha de pensamento que vê o processo como instrumento da Jurisdição, processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança (contraditório) e celeridade, “proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. Nesse sentido, a “demora” na “entrega da prestação jurisdicional” compromete a utilidade prática da tutela, o que justifica centrar o estudo da “técnica processual a partir de seu resultado e em função dele” (BEDAQUE, 2006, p. 30). Como também a necessidade de “renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela” (BEDAQUE, 2007, p. 87-8).

A antecipação da tutela traduz-se, pois, nessa perspectiva, em “verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo”. Por conseguinte, exsurge como manifestação da técnica processual a serviço dos ideais de efetividade do processo e, portanto, de efetivo acesso à ordem jurídica justa, posto que a ordinariedade plena implica o percurso de um espaço temporal incompatível com certas situações de risco de dano (MARINONI, 2008, p. 199).

O mesmo se diz em relação à tutela específica das obrigações, que vem para assegurar que o processo, como “*instrumento da jurisdição*”, possa promover a “paz social” (ALVIM, 1997, p. 19). É que o processo aqui é visto como técnica, pois que tido como “meio para se alcançar um fim” e, assim, “entra em cena o princípio da *utilidade*” (ALVIM, 1997, p. 23) em contraposição ao formalismo.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que a preocupação fundamental do direito processual deve ser com os resultados, o que evidencia a importância da adaptação do procedimento às necessidades da causa, denominado de “princípio da elasticidade processual”. (BEDAQUE, 2006, p. 60)

Cândido Rangel Dinamarco (2009) também entende que o processo “jamais deixará de ser uma técnica” e, por isso, precisa ser preordenado à obtenção dos resultados desejados. Nos processos destinados às “*tutelas diferenciadas* variam também as técnicas e os poderes do juiz, como *v.g.*, o poder de emitir o *mandado de pagamento ou de entrega* no processo monitório...” (DINAMARCO, 2009, p. 141-3).

A propósito da flexibilização da técnica e dos poderes do juiz, Bedaque (2006, p. 107-111) defende que é imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na condução do processo e, por isso, quanto mais “o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la às necessidades do caso

concreto”. Esclarece não se confundir, esse poder, com a denominada “discrecionariade judicial”, mas apenas de ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador.⁵⁵

Portanto, no ordenamento processual brasileiro, já no ano de 1994, inicia-se o processo de reforma e de inclusão de cláusulas abertas com a justificativa de que o processo venha a atender aos escopos metajurídicos, cabendo ao juiz se valer da possibilidade de adequar a técnica ao caso concreto e, assim, materializar direitos fundamentais.

Fredie Didier Jr. (2010, p. 80) afirma que, ultimamente, as cláusulas gerais têm “invadido” o direito processual que, naturalmente, sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica. Afinal, segundo o autor, o direito processual também necessita de normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto.⁵⁶

Assim, no direito processual brasileiro, as justificativas para a inserção de cláusulas abertas que contenham, pelo menos, um termo, cuja definição para o caso que estiver sob exame necessite de preenchimento valorativo, encontram apoio na busca de efetividade do processo, de munir o juízo de uma maior latitude de poder e permitir a concretização da técnica processual adequada ao caso concreto, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 426-7).⁵⁷

Contudo, em primeiro lugar, não se pode deixar de perquirir qual é o sentido de efetividade que se está a buscar. Como muito bem explicita Michele Taruffo (2008, p. 185 *et seq.*),⁵⁸ é preciso definir que eficiência se busca no processo. Para este autor, numa relação comparativa, profundamente simplificada, entre eficiência como simples resolução de conflitos (com rapidez e economia – tempo e dinheiro) e como resolução de conflitos por uma decisão correta e completa, por meio de um sistema que se orienta estruturalmente para alcançar decisões baseadas em fundamentos jurídicos pertinentes,

⁵⁵ Sobre discrecionariade, Capítulo 4, mais à frente.

⁵⁶ Didier Jr. (2010, p. 81) se refere ao Código de Processo Civil português, que é estruturado em cláusulas gerais como aquelas contidas no art. 265º-A (princípio da adequação formal), no art. 2º, I (cláusula geral de acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada), entre outras. Afirma que, neste aspecto, o CPC português está na vanguarda mundial, porque não há legislação processual de onde se possam extrair tantas cláusulas gerais consagradas quanto naquele diploma legal. Verifica-se uma evolução do aumento do papel ativo do juiz na condução do processo, especialmente no que tange aos seus poderes instrutórios, nos ordenamentos jurídicos europeus, também na Alemanha e França (Cf. MOREIRA, 2007, p. 46-49).

⁵⁷ Sem embargo de a que custo se está a buscar eficiência, certo é que, no Processo Civil, a inserção das cláusulas abertas tem se intensificado, conferindo-se mandatos ao juiz. E essa tendência se confirma, ao exame dos arts. 270, 276 e 277 do Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, atual Projeto de Lei n. 8.046/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, (BRASIL, 2011. de que se tratará no Capítulo 6.

⁵⁸ Sobre a questão da efetividade, conferir Fernando Horta Tavares (2008, p. 145-162). Cf. (PASSOS, 1999, p. 30-35).

há uma relação inversamente proporcional e complementar: maximização da rapidez e redução de custos x minimização de precisão e equanimidade da solução do conflito ou o inverso.

Ademais disso, como preleciona Fernando Horta Tavares (2009a), a efetividade, em primeiro plano, só pode ser do Direito, e não do Processo, pois é o Direito (“pré-visto” na lei) que não foi fruído e que deverá ser então estabelecido ou reestabelecido, conforme o caso.

No mesmo sentido, Calmon de Passos, lastreado na melhor doutrina estrangeira, informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas, sim, do ordenamento, pois efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda o nome de algo que se institucionaliza numa ordem política democrática, de modo que “ninguém se pode a condição de *senhor ou soberano* do outro”. (PASSOS, 1999, p. 33)

A expressão *tutela jurisdicional*, no sentido de “proteção que o ‘conjunto normativo’ assegura ao cidadão por ocasião do exercício do direito do Acesso ao Direito” integra o debate que visa conjugar segurança com efetividade, traduzidas como observância do princípio da legalidade e entrega do bem da vida, sem dilações indevidas, respectivamente, sem que qualquer delas possa ser excluída sem prejuízo da democracia. (TAVARES, 2009a, p. 274)

Desse modo, é preciso repensar o exercício da função jurisdicional do Estado sob o marco do Direito Democrático. Em tópico específico, o 5.3, cuidar-se-á de apresentar a importância de revisitar o instituto da Jurisdição, notadamente quanto à concretização de cláusulas abertas, de modo a conferir legitimidade ao provimento judicial.

3 TEXTURA ABERTA DO DIREITO E ENSEJO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A questão da “textura aberta do direito” (HART, 2009, p. 161 *et seq.*) e do ensejo à discricionariedade judicial é o ponto que confronta diretamente a conformação constitucional do Processo.

Como foi tratado em capítulo específico, o Capítulo 2, a existência de cláusulas abertas no ordenamento jurídico e especificamente no campo das normas processuais, ora conferindo mandatos aos magistrados, ora contendo termos indeterminados, acabam por ainda abrigar, mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito, defesa de discricionariedade, no sentido desenvolvido no presente texto, no capítulo seguinte.

Daí a pertinência de se incorporar esse capítulo, trazendo a concepção positivista de Herbert Hart, bem assim as críticas que lhe são feitas por Dworkin e respondidas por aquele em seu pós-escrito, objeto do próximo tópico. E ainda as visões dos professores Dimitri Dimoulis e Luís Alberto Warat para posterior contraponto e como reforço ao combate da ideia positivista de espaço normativo vazio ou de delegação a abrigar a discricionariedade do Estado-Juiz no intento de alcançar uma ideia final que se aproxime da teoria de Processo Constitucional como eixo teórico do paradigma de Estado Democrático de Direito.

3.1 A zona de penumbra como espaço para a discricionariedade judicial em Herbert Hart e a crítica de Ronald Dworkin

Herbert Hart (2009) destaca alguns pontos de sua obra criticados por Dworkin, aos quais ele próprio, no pós-escrito, se propõe a responder.⁵⁹ O primeiro deles: Hart propõe uma teoria do direito que seja ao mesmo tempo descritiva e geral, no que se contrapõe radicalmente Dworkin para quem “toda teoria do direito deve ter caráter parcialmente avaliativo e justificatório, bem como ‘dirigir-se a uma cultura jurídica específica.’” (DWORKIN *apud* HART, 2009) Daí que a tarefa central da teoria do direito é interpretativa e é também avaliativa porque consiste em identificar princípios que melhor se adequem ao direito estabelecido.

⁵⁹ Dworkin apresenta críticas ao positivismo jurídico e se refere à obra de Hart, **O conceito de direito**, como a mais importante e fundamental reformulação da ideia de John Austin — de que o direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político. Hart apresentara a aceitação da regra de reconhecimento como fundamento do direito. Ou seja, para Hart, “as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas” (DWORKIN, 2007, p. 41-54, 42).

Hart explica que, para Dworkin, os princípios não são apenas parte de uma teoria do direito, mas partes implícitas do próprio direito. Em “O império do direito” ele os caracteriza como o próprio direito em seu sentido interpretativo. E os paradigmas estabelecidos do direito que “essa teoria interpretativa deve interpretar são denominados de [...] pré-interpretativos”, ou seja, já estão estabelecidos como “tema de consenso geral dos juristas de cada sistema jurídico específico.” (HART, 2009, p. 311)

E prossegue dizendo que a proposta de Dworkin, de três formas diferentes de teoria do direito — o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade — tem grande importância e que não se ocupará em refutar essa elaboração, mas apenas em relação ao ponto em que pretende objetar, de qualquer versão interpretativa de sua teoria.

Esclarece que a objeção central de Dworkin em relação à teoria descritiva seria no sentido de que a teoria do direito deve levar em conta uma perspectiva interna, ou seja, de um participante ou *insider*. Um participante do direito o vê de seu ponto de vista interno, não sendo possível fazer uma descrição como mero observador externo. Ao que rebate Hart, para quem o participante manifesta seu ponto de vista interno, ao aceitar a lei como padrão comportamental. E que um teórico que elabora a teoria descritiva não compartilha, ele próprio, da mesma natureza de aceitação da dos outros participantes, mas descreve essa aceitação. Reafirma seu entendimento de que é possível ao teórico descritivista do direito “compreender e descrever a perspectiva interna do *insider* sobre o direito sem precisar adotá-la ou endossá-la.” (HART, 2009, p. 314)

Também explicita Hart que, em resposta à sua alegação de que os aspectos interpretativos não são os únicos problemas apropriados à teoria do direito, devendo-se reservar importante papel à teoria do direito geral e descritiva, Dworkin admitiu relativizar sua observação de que a teoria do direito é a parte geral da decisão judicial, ao afirmar que tal assertiva é verdadeira apenas em relação à teoria do direito que versa sobre a questão do sentido.

Sobre a natureza do positivismo jurídico, Hart expõe que Dworkin considera sua obra representativa do moderno positivismo jurídico, distinguindo-a das teorizações de Bentham e Austin, por rejeitar teorias imperativas no sentido de que “toda lei emana de um indivíduo ou corpo legislativo soberano juridicamente ilimitado.” (HART, 2009, p. 316)

Prossegue informando que, para Dworkin, o maior equívoco de sua obra seria o que diz respeito à ligação entre veracidade das proposições jurídicas e fatos históricos simples, inclusive aqueles relativos a convicções individuais e atitudes sociais. É que, para Dworkin, os fatos são os alicerces do direito e a concepção positivista de que são fixados por “regras

lingüísticas, compartilhadas pelos juízes e advogado, que governam o uso e, assim, o significado da palavra ‘direito’ ou ‘lei’” teria por consequência um reducionismo das discordâncias aos fatos, sobre sua existência ou não, ou seja, não deixaria espaço para o “desacordo teórico ou controvérsia sobre o que constitui os ‘fundamentos’ do direito”. E essa posição se deve ao entendimento de Dworkin de que os fundamentos do direito são controversos não só em razão de fatos históricos, mas também de juízos morais e enunciados valorativos frequentemente controversos. (HART, 2009, p. 316, 317)

Em relação ao aguilhão semântico de Dworkin, Hart diz que não há nada em sua obra ou em outros textos seus que autorize tal descrição de sua teoria, de acolher o entendimento no sentido de que, se os fundamentos do direito não fossem fixados de maneira incontroversa, a palavra direito significaria coisas diferentes para diferentes pessoas. É que, segundo Hart, em passagem de sua obra, adverte para o fato de que os critérios para a aplicação de um conceito que tem um significado constante podem variar e ser controvertidos.

Hart não aceita que sua obra possa ser classificada como uma teoria semântica, ou seja, como “aquela que afirma que o próprio significado da palavra ‘direito’ faz com que este dependa de certos critérios específicos”, como entende Dworkin. (HART, 2009, p. 319).

Tenta afastar a ideia apresentada por Dworkin de que sua forma de positivismo jurídico seria um “positivismo dos simples fatos”, porque entende que os critérios que a norma de reconhecimento oferece para a identificação do direito consistiriam apenas em fatos históricos. Contudo, Hart afirma que, embora seus exemplos possam assim indicar, na obra sob comento, bem como em artigos anteriores, ele já colocara que os “critérios últimos de validade jurídica podem incorporar explicitamente, além do *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos” (HART, 2009, p. 320).

Hart se refere, também, ao positivismo como teoria interpretativa. Segundo ele, Dworkin procura reconstruir o “positivismo dos simples fatos” como uma forma de teoria interpretativa a que denomina de convencionalismo. Nessa teoria, os fatos evidentes, fixados por uma convicção compartilhada por juízes e advogados consistiriam em critérios do direito.

Essa atribuição de convencionalismo à teoria positivista de Hart é por ele, do mesmo modo, rechaçada, sob o argumento de que não admite se tratar, sua teoria, de uma teoria positivista dos simples fatos, porque admite valores entre os critérios do direito. Mas principalmente porque não pretende, com sua teoria, justificar a coerção, tal como se verifica na teoria interpretativa de Dworkin. Para Hart, o direito deve constituir um guia para a conduta humana e oferecer critérios para sua crítica. E, nesse ponto, reafirma seu

entendimento da função secundária da coerção jurídica, em casos em que a função primária da lei — de orientar a conduta dos sujeitos — fracassou.

Logo, defende não se aplicar à sua teoria a concepção de positivismo dos simples fatos ou convencionalismo, porque não vê a proteção de expectativas, ao promover a lei o aviso prévio das oportunidades para a coerção jurídica, como o fim ou objeto do próprio direito enquanto tal. A norma secundária de reconhecimento apenas irá ajudar a justificar o emprego da coerção.

Nessa linha, assevera que sua teoria, de fato, exige que a “existência e a autoridade da norma de reconhecimento” dependa “do fato de sua aceitação pelos tribunais”, mas que não acolhe a crítica, equivocada, de que sua teoria exigisse que “os critérios de validade jurídica que a norma provê consistam exclusivamente no tipo específico de fato ‘simples’ que ele denomina questões de ‘pedigree’”. Salienta que aceita, expressamente, que a sua “norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência e princípios morais ou valores substantivos”. Por isso, defende que seu positivismo é brando. (HART, 2009, p. 323)

Já que admite incluir sua teoria como positivista branda, passa a responder às críticas feitas quanto a esse aspecto e aí entra a questão da “penumbra” de incerteza que admite existir na norma de reconhecimento, com a qual, explicita o autor, não pretende excluir toda incerteza. É que essa denominação se liga a um positivismo que permite que a identificação do direito dependa de questões controversas ligadas a juízos morais. Mas, para Hart, o que importa, nesse ponto, é observar o grau ou a extensão de incerteza que o sistema pode tolerar.

A partir dessa inclusão de Hart no positivismo brando, a questão se torna mais complexa em relação à determinabilidade e completude do direito. É que, em sua teoria, prega que as “normas e princípios jurídicos”, identificados por meio dos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes, têm uma “textura aberta”. Isto é, quando a norma não apresenta resposta, mostrando-se parcialmente indeterminada. Trata-se de direito “fundamentalmente *incompleto*”. Para chegar a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomina “discricionariedade”. Eis o ponto sobre o qual recai a segunda e mais importante crítica para o nosso desígnio ao desenvolver a presente pesquisa.

Ínsito à questão da interpretação se apresenta o tema da discricionariedade judicial e que se pode considerar a segunda crítica de Dworkin. Hart afirma que o conflito mais direto e contundente entre a teoria do direito exposta em seu livro e a de Dworkin reside no seu entendimento no sentido de que sempre haverá, “em qualquer sistema jurídico, casos não

regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido”, apresentando-se parcialmente indeterminado ou incompleto. Como o juiz não pode deixar de decidir, “terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente”. (HART, 2009, p. 351)

No corpo da obra, Hart explicita que a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais ficam a cargo de autoridades administrativas ou judiciais a busca de um equilíbrio entre interesses conflitantes e que, “à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa [...] ao elaborar padrões variáveis”. (HART, 2009, p. 175-176)

Interessante que o autor cuida do sistema de precedentes no direito inglês e considera que, nesse sistema, primeiro, não existe um método único para se determinar a norma derivada de certo precedente autorizado; segundo, não se pode extrair dos casos decididos nenhuma formulação vinculante ou exclusivamente correta de qualquer norma e, em terceiro lugar, qualquer que seja a autoridade da norma derivada de um precedente, ela é compatível com a atividade criadora por parte dos tribunais a ela sujeita.

Ainda a propósito da textura aberta do direito, afirma: “Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade”. E a discricionariedade na espécie é no sentido de “tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis, ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados” (HART, 2009, p. 176). Eis uma concepção que se comunica com a ideia de inclusão de cláusulas gerais no ordenamento, do que não escapa a proposta de sua inserção nas normas procedimentais.

Retornando ao pós-escrito de Hart, este passa a explicar por que Dworkin rejeita essa imagem do direito como parcialmente indeterminado ou incompleto e “aquela do juiz como alguém que preenche as lacunas do direito ao exercer uma discricionariedade legislativa limitada, afirmando ser uma descrição enganosa tanto do direito como do raciocínio judicial”. (HART, 2009, p. 351-352) Dworkin entende que a incompletude do direito é uma imagem que dele faz o positivista. O apelo a princípios implícitos, com suas dimensões morais, naqueles casos difíceis, seria a forma de os tribunais decidirem sem, contudo, saírem do âmbito do direito.

Mas Hart observa que não atribui poderes legislativos aos juízes, quando entende que eles podem criar o direito em casos parcialmente não regulamentados, porque esses poderes

são intersticiais e sujeitos a restrições substantivas, além do que não podem ser exercidos arbitrariamente, mas “deve[m] ser sempre capaz[es] de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve[m] atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”. Desde que satisfaça essas condições, o juiz tem o direito de “seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes” (HART, 2009, p. 352).

Em réplica à crítica de Dworkin, de que haveria uma descrição equivocada do processo judicial e da atuação dos tribunais nos “casos difíceis”, Hart tenta demonstrar que o procedimento adotado pelos juízes supera a ideia de serem a boca da lei, sendo importante distinguir entre “a linguagem ritual usada pelos juízes e advogados, ao decidirem causas nos tribunais, e suas observações gerais, de caráter mais reflexivo”. Nesse sentido, nas hipóteses em que os “precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito”, os juízes não começam a legislar “do zero”, mas buscam apoio em princípios gerais ou algum objetivo abrangente, que se possa ter como exemplificado.

Essa visão, para Hart, constitui o “próprio cerne da ‘interpretação construtiva’, que é um traço tão importante da teoria de Dworkin sobre a decisão judicial”. Chega, pois, à conclusão de que, embora aquele procedimento, referido, possa postergar a oportunidade de criação judicial, não a elimina, porque, em casos difíceis, princípios distintos que autorizam analogias conflitantes sempre se apresentam, o que transfere ao juiz o exercício da opção pelo que lhe parece ser o melhor, conforme sua percepção, “e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva”. E finaliza:

A oportunidade para a criação judicial do direito seria não apenas adiada, mas também eliminada, somente se fosse sempre possível encontrar no direito existente, em todos esses casos, um conjunto único de princípios de ordem hierárquica superior que atribuisse pesos ou prioridades relativas a esses princípios conflitantes hierarquicamente subordinados. (HART, 2009, p. 354-355)

E um terceiro aspecto criticado por Dworkin é o de que a descrição de discricionariedade judicial em Hart endossa uma modalidade de criação do direito que é antidemocrática e injusta. Isso porque, para ele, somente representantes eleitos, numa democracia, deveriam ter o poder de criação do direito. Quanto a essa crítica, objeta Hart:

- a) o ato de confiar aos juízes o poder de criar o direito é o preço a ser pago para evitar, por exemplo, a necessidade de encaminhamento ao legislativo para suprir a omissão legislativa. E, desde que os juízes estejam habilitados apenas a criar normas para a solução de problemas específicos, o preço lhe pareceria pequeno;

- b) a delegação de poderes legislativos limitados ao judiciário não lhe parece constituir ameaça maior à democracia do que a delegação ao executivo, que é uma característica familiar das democracias modernas;
- c) no que tange à crítica no sentido de que é injusta a criação judicial porque é uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto*, esta é uma consideração geralmente feita. Contudo, entende que esta objeção está fora de contexto para os casos difíceis para os quais geralmente não há um direito claramente existente ou são casos regulamentados de forma incompleta, daí, diante da inexistência de uma situação jurídica conhecida, não há se falar em retroatividade.

Acredita-se que as questões tratadas por Herbert Hart e aqui referidas são suficientes para afirmar sua adesão ao positivismo jurídico, em cuja teoria abona a discricionariedade judicial, como explicitado, e é esse aspecto teórico o que se pretende analisar para concluir se é uma teorização que se sustenta sob o paradigma de Estado que se deseja construir.

Além das considerações do próprio Hart, prosseguir-se-á na abordagem de alguns aspectos da obra de Dworkin, com o auxílio de estudos de Flávio Quinaud Pedron (2009, p. 127-137). Segundo esse professor, Dworkin identifica as teorias de Austin e de Hart como as teorias positivistas mais populares da tradição do Direito anglo-saxão e classifica a de Hart como uma forma de convencionalismo moderado, mas como uma teoria mais bem elaborada que a de Austin, para quem o Direito é compreendido “como um produto de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político. Todavia, inexistindo regra expressa, o soberano confere poder aos juízes para que criem normas dentro de uma margem de discricionariedade.” (PEDRON, 2009, p. 128)

É que, para Hart, o direito é constituído por um conjunto de regras que são organizadas a partir de tipos lógicos, regras primárias e regras secundárias, conforme concedam direitos ou imponham obrigações aos membros da comunidade ou estipulem como e por quem tais regras possam ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas, respectivamente. E propõe uma norma secundária fundamental, denominada de regra de reconhecimento, que estabelece como as regras jurídicas podem ser identificadas. As proposições jurídicas são verdadeiras não em razão da autoridade das pessoas que costumam ser obedecidas, mas por “representarem uma **convenção social** aceita pela sociedade”(PEDRON, 2009, p. 129). Essa concepção de Hart também é objetada por Dworkin (2007, p. 42, 43) notadamente no que diz respeito à aceitação de uma regra de reconhecimento.

Dworkin (2002, p. 27-29) critica a regra de reconhecimento e o convencionalismo pregados por Hart e identifica um núcleo comum para todas as versões do positivismo jurídico, quais sejam:

- a) o Direito é formado exclusivamente por um conjunto de regras, que podem ser diferenciadas das demais regras — por exemplo, as regras de natureza moral — por meio de um critério que ironicamente pode ser chamado de teste de *pedigree* das regras;
- b) o conjunto de regras deve abranger, na maior medida possível, as relações jurídicas existentes em uma sociedade, mas no caso de lacuna — isto é, quando se está diante de um caso difícil —, o magistrado fica autorizado a decidir com base discricionária, inclusive indo além do Direito na busca desse novo padrão de orientação;
- c) na ausência de regra jurídica válida, compreende-se que não há obrigação jurídica; logo, quando o magistrado, no exercício de sua discricionariedade, decide um caso difícil, ele não está fazendo valer um direito correspondente à matéria controversa; ele está, sim, criando normas jurídicas. (Cf. PEDRON, 2009, p. 129)

A busca da superação dessa teoria positivista, tida como uma teoria semântica, ou agulhão semântico, como o denomina Dworkin, dá-se, ainda, segundo este autor, por meio da interpretação do Direito, ou de uma atitude interpretativa para com o Direito, de modo a afastar a concepção de uma regra como ciclicamente histórica e aceita como um tabu, tornando-se imutável e indiscutível. Ao revés, com a atitude interpretativa, busca-se compreender a finalidade da regra, deixando de lado um processo de aplicação mecânica.

Nessa linha de raciocínio, Dworkin supera o agulhão semântico inerente ao positivismo por inserir um elemento temporal-paradigmático no conceito interpretativo do direito. De outra banda, na leitura do Direito sob a ótica do convencionalismo — Direito “dependente de convenções sociais que irão determinar quais instituições gozam do poder de elaborar as leis e como elas podem fazer isso”, as decisões ainda passam pela afirmação da discricionariedade do magistrado quando da aplicação da norma (PEDRON, 2009, p. 130).

Apresentadas as principais objeções de Dworkin à teoria de Hart, deixar-se-á para outro tópico, o de n. 5.2.1, a apresentação de sua proposta de direito como integridade, aliando-a a outras teorias, para concluir pela condição de possibilidade de uma desconstrução

de concepções abonadoras da inserção de elementos extrajurídicos ao ordenamento e de um trabalho solitário de determinação do alcance de cláusulas abertas existentes nas normas de procedimento.

Por ora, fica observado, com supedâneo na obra de Herbert Hart, que este defende uma teoria descritiva do direito e que todo sistema jurídico deixa em aberto espaço para que os tribunais e outras autoridades se valham de sua discricionariedade para decidir. Destaca, quanto a esta discricionariedade, a busca de precisão de padrões inicialmente vagos e a necessidade de acabar com as incertezas contidas na lei.

A discricionariedade judicial apareceria no momento de aplicação das normas jurídicas, oportunidade em que sua concretização dependeria da identificação da consequência da transgressão ou de preenchimento de espaços abertos, vazios, obscuros. Isso demanda uma atividade interpretativa e de relação com os fatos subjacentes, em que o órgão oficial terá de fazer uma leitura do texto, terá de verificar o sentido e o alcance da norma naquela situação específica que estiver a analisar.

Ronald Dworkin expõe o que ele entende como equívocos da teoria de Hart sob vários aspectos, como visto. Em relação à discricionariedade, o ponto de maior confronto entre as teorias é o do caráter antidemocrático dessa modalidade de criação do direito. Essa é a linha condutora de nossa reflexão. Sem embargo da complexidade do tema, mas apenas com o fim de buscar nos aproximar de uma teorização coerente com o ideal de democracia prefigurado no texto da Constituição do Brasil, tentaremos alcançar uma conclusão — provisória, é claro — sobre ser, de fato, antidemocrática essa visão do positivismo de Hart, porque esse autor não desenvolve uma proposta de participação dos interessados na obtenção do provimento.

Essa a razão de se exporem teorizações sobre o positivismo jurídico e críticas que lhe são feitas para chegar-se a uma proposta de Direito Democrático por meio do Processo, partindo da constatação de que as normas processuais contêm cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados e trazem disposições que colocam sob a responsabilidade da autoridade do Estado decidir, a partir de conceitos predeterminados, e fazer uma leitura do texto normativo de acordo com a percepção de mundo do órgão oficial. Dessa forma, essa realidade jurídica precisa ser intermediada por uma teorização, que é a do Processo, por meio dos princípios que o configuram.

O alcance desse desiderato passa pelas elaborações a seguir expostas, como a do professor Dimitri Dimoulis (2006) que, embora defenda, como Hart, a discricionariedade judicial, não deixa de revelar sua preocupação teórica com a questão interpretativa. A do professor Luis Alberto Warat (2002), que desenvolve uma teorização a partir da linguagem,

demonstrando a importância de se oportunizar ao homem um discurso de resistência, com uma proposta de heteronímia de significados, de intertextualidade; com uma crítica à visão positivista de pureza normativa, de neutralidade, de privilégio do lugar da fala: à ciência do Direito como um saber manifestado por um discurso que estabiliza os conflitos. No que se soma a teoria de Karl Popper sobre a escolha entre teorias concorrentes, como forma de aproximação do ideal de verdade, de modo a admitir que toda teoria deve estar aberta à crítica, ciente de que não pode haver nenhum critério de correção absoluta de verdade e o que é mais importante é o diálogo e, ainda, a ideia de que nenhuma fonte detém autoridade em relação a outra.

Essas percepções teóricas dão sustentáculo para as conclusões finais que se aliam, por fim, à teoria do Processo, sob a ótica constitucional, como marco delineador da construção teórica, e que se fortalece nos direitos-garantias constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do contraditório, do acesso ao direito, da fundamentação, da duração razoável do procedimento, da gratuidade, os quais asseguram o ideal de participação, revelador da autonomia e da responsabilidade do interessado no provimento.

3.2 Leitura do positivismo jurídico em Dimitri Dimoulis (2006)

Para melhor aparelhamento do estudo sobre a discricionariedade judicial, no que tange às bases teóricas que amparam esse entendimento, cuidar-se-á nesse tópico de apontar a teorização de Dimitri Dimoulis (2006).

Com muito rigor científico, o professor busca apresentar algumas respostas à pergunta “o que é o direito”. Para tanto, em parte da substancial obra, analisa as várias definições do positivismo jurídico, rebate algumas teorias críticas dessa opção metodológica de abordagem do direito e enfrenta a questão da interpretação jurídica segundo a perspectiva juspositivista.

A leitura da obra de Dimoulis é direcionada para as razões que levam positivistas a optarem pela possibilidade de discricionariedade da atividade judiciária do Estado em caso de abertura do direito e também para tomar em consideração suas relevantes ponderações acerca do “pós-positivismo” como oportunidade de retorno de uma tendência ideológica em que, ao ensejo de busca de justiça, de bem comum, de flexibilização dos imperativos legais para adaptar as normas vigentes às “novas” exigências sociais, acaba por conceder margens ao julgador para decidir de acordo com sua sensibilidade e prudência.

De fato, Dimoulis entende que, em hipóteses em que o aplicador não encontra “material normativo” para decidir, não se tem um vazio normativo, mas uma “autorização

legislativa para o exercício do poder discricionário do aplicador”. (DIMOULIS, 2006, p. 247) O direito é sempre posto. A questão está na “amplitude da margem decisória que foi concedida ao aplicador em razão da formulação da norma aplicável”. O texto das normas jurídicas deve ser visto como um “filtro, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza”. (DIMOULIS, 2006, p. 247-8).

Sem a pretensão de se fazer referência a tantos aspectos da obra de Dimoulis, pretende-se apontar alguns que convergirão para propostas posteriores acerca da incompatibilidade de teorizações existentes em defesa da discricionariedade judicial em situações de aplicação de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados.

Os pontos a seguir enumerados dizem respeito somente à obra de Dimitri Dimoulis, supracitada e à apresentação de suas teorizações relativamente a determinados pontos que vêm ao interesse da presente pesquisa.

3.2.1 Opção metodológica de estudo do fenômeno jurídico

O primeiro ponto da obra a se apresentar diz respeito à crítica que Dimoulis faz à atribuição, à teoria do direito, da “tarefa de estudar o fenômeno jurídico ‘independentemente de tempo e lugar’”, referindo-se a Robles, 2005, p. 46, o que revela uma opção de cunho ideológico, no sentido crítico e negativo do termo, ou seja, de “uma crença e prática social que não corresponde à realidade e provoca ilusões ao locutor e seu auditório” (DIMOULIS, 2006, p. 25. Nota de rodapé n. 47).

Essa opção metodológica universalizante intenta legitimar o direito atual, recorrendo a indevidas generalizações, e acaba por apregoar sua “continuidade e imprescindibilidade ao longo dos tempos e sua unidade como constante antropológica” (DIMOULIS, 2006, p. 25).

Eis uma primeira dificuldade a ser superada: uma visão continuísta do direito, não se perquirindo de uma possível mutabilidade do discurso teórico, conforme a recepção do intérprete no presente. Isso não significa que não se possa estudar o direito numa visão comparatista, inclusive em relação a períodos temporais distantes, desde que se considere que a teoria do direito é fragmentada, cujo objeto de pesquisa depende da “formação, dos interesses e da origem de cada estudioso” (p. 26).

A esse propósito, Dimoulis se reporta ao pensamento de Ronald Dworkin, que limita o objeto de estudo da teoria do direito a um único ordenamento ou, no máximo, a ordenamentos semelhantes, apenas para alertar dos riscos das generalizações.

A abordagem de Dimoulis sobre a opção metodológica de estudo do fenômeno jurídico é de grande interesse para o presente estudo, no qual se entende o Processo Constitucional como espaço para o debate no interior do qual a interpretação e aplicação das normas se vinculam ao cotidiano, aos fatos, às provas produzidas. Logo, ao tempo e ao espaço. Por isso mesmo, a teoria do Processo, nessa linha de construção, se constitui em teoria que viabiliza o marco do Direito Democrático adotado nessa pesquisa, referido na Introdução.

3.2.2 Os equívocos do pós-positivismo

Dimoulis afirma que o termo “pós-positivismo” é praticamente desconhecido fora do Brasil. Em nosso país, afirma o autor, tem-se lhe atribuído um significado moralista e idealista, de um “ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”, de modo a abandonar a postura descritiva [própria do positivismo, como proposto por Kelsen, ou seja, uma descrição avaliativa, descrever o direito como ele é] e mesclá-la com a avaliação do sistema jurídico.

Inclui autores de orientação “abertamente moralista” como Ronald Dworkin como partidários do pós-positivismo. Indaga Dimoulis se haveria algum ganho cognitivo em denominar Dworkin como pós-positivista, com base no critério de sucessão cronológica, embora este rejeite a abordagem positivista, notadamente a de Herbert Hart, porque, ao seu ver, se trata de “uma opção tão inexpressiva como a referência ao atual período histórico como ‘pós-guerra’” (DIMOULIS, 2006, p. 50). É que nem cronologicamente é viável a denominação em oposição ao positivismo porque obras se desenvolveram paralelamente tanto com abordagens positivistas como pós-positivistas.

O importante, então, é delimitar o conteúdo das propostas pós-positivistas no Brasil. Para Dimoulis, é de cunho idealista, dado que “a doutrina brasileira proclama que o direito constitui um sistema aberto de valores, considerando necessária a ‘reinclusão da razão prática na metodologia jurídica’”, cuja consequência, de abertura e de flexibilização da metodologia do direito, é a reintrodução do “*idealismo* e da *metafísica* na teoria do direito” ((DIMOULIS, 2006, p. 51), o que redundaria no reforço da

exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito, na tentativa de legitimar o atual (“nosso”) ordenamento jurídico como justo e moralmente adequado, sem indicar os fundamentos jurídicos desse “dever de justiça” e sem explicitar os métodos que permitiriam encontrar a solução justa em cada caso. (p. 52-53)

Esse ponto de vista se relaciona com uma das impressões cruciais dessa pesquisa no que se refere à abertura dos textos normativos e à defesa da flexibilização das normas processuais, de modo a conferir a uma autoridade — o Estado-Juiz — a tarefa de decidir pela melhor opção, sob a justificativa de necessidade de materialização de direitos fundamentais, cuja escolha não fica isenta de sua visão de mundo, no qual se insere e do qual recebe os influxos culturais, de tradição, de crenças, enfim, de valores dominantes no seio social.

3.2.3 O positivismo jurídico caricaturado

A partir das considerações críticas postas no item anterior, Dimoulis apresenta o que entende como os principais equívocos dos partidários do pós-positivismo em relação ao positivismo jurídico, cuja imagem caricatural não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos adeptos do juspositivismo do século XX.

Um dos equívocos, segundo ele, é a afirmação de que os positivistas aplicam mecanicamente a lei, pois a leitura de obras de grandes nomes como Hans Kelsen e Herbert Hart induzem a conclusão diversa. Para confirmar essa assertiva, esclarece que, para Kelsen, a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica e permite que ele crie o Direito, com liberdade para apreciação dentro da moldura da norma jurídica. Quanto a Herbert Hart, este analisa a textura aberta do direito e reconhece amplos espaços de discricionariedade do aplicador. Para Hart, nos casos difíceis, existe uma zona de penumbra que impõe decisões incertas, as quais devem ser tomadas pelo aplicador de forma discricionária. Admite, portanto, a criação judicial do direito em contraposição àquela crítica ofertada contra o positivismo, no sentido de que haveria aplicação mecânica da lei, dela deduzindo-se todas as respostas para os problemas concretos. (DIMOULIS, 2006, p. 53, 54)

Ainda segundo Dimoulis, a única abordagem positivista em relação à qual se poderia admitir tal caracterização — aplicação mecânica da lei — seria a da escola da exegese, francesa e belga. Mesmo assim, a leitura de obras de integrantes dessa escola revela que tal tese não fora aplicada de forma coerente, porque, para casos controvertidos, as soluções interpretativas refletiam opções políticas pessoais e não resultavam da “exegese” da letra da lei e da pura “dedução”. (DIMOULIS, 2006, p. 54)

3.2.4 *Objetivos políticos*

Outro aspecto da crítica do pós-positivismo ao juspositivismo é no sentido de que o positivismo legitima injustiças, em nome da obediência a “qualquer” direito, a exemplo, em particular, da experiência genocida do nazismo. Dimoulis rejeita essa crítica por carecer de base histórica e teórica.

Mas o que interessa mais nessa pesquisa é observar as considerações de Dimoulis acerca das consequências práticas da adesão ao pós-positivismo no Brasil, situação que se liga à ideia de o intérprete atribuir, às normas, o sentido que considera mais adequado. E essa seria, segundo o autor, uma das consequências da rejeição do positivismo.

Dimoulis critica fortemente a possibilidade de substituição do direito escrito por “discursos retóricos apresentados por oradores especializados”, ou seja, o entendimento de que o decisivo para a aplicação do direito é o homem, este se sobrepondo ao conjunto de normas válidas. O autor se reporta ao discurso pós-positivista como uma busca de liberação dos vínculos impostos pelas normas vigentes em favor de produção de soluções adequadas. E, nesse ponto, entra o debate sobre a diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos, o que, para Dimoulis, sem adentrar num estudo detalhado, trata-se de uma distinção conforme a densidade normativa. A diferença, para ele, é de grau de concretude. Logo, quanto maior o grau de abstração e vagueza, maior a discricionariedade do responsável pela concretização. E explicita:

[...] a tentativa de principiologizar (de se entender que todos os problemas da interpretação jurídica se resolvem pela aplicação dos princípios) a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento do legislador. [...] Os princípios são vetores dos ideais de justiça, de equidade e de sensibilidade perante o caso concreto. [...] Estamos aqui diante de uma tentativa de troca de papéis que equivale a um retorno ao “antigo regime” político e jurídico que permitia a juízes e doutrinadores criar o direito no caso concreto. Essa é a finalidade política do pós-positivismo que indica seu caráter problemático. (DIMOULIS, 2006, p. 62)

Em conclusão, Dimoulis afirma que essa percepção denominada pós-positivista carece de uma clara orientação teórica, retomando posturas idealistas e, para demonstrar o caráter insatisfatório das críticas que são feitas ao positivismo, o autor propõe a análise do conteúdo do positivismo sob duas orientações: Positivismo jurídico *lato sensu* e positivismo jurídico *stricto sensu*.

Da análise feita por Dimoulis no Capítulo III da obra sob enfoque, destaca-se sua tese final sobre em que consiste cada uma das classificações. Segundo ele, a utilização da

expressão “‘positivismo jurídico’, sem ulterior especificação, indica, tradicionalmente, uma teoria do direito que se opõe ao jusnaturalismo.” Essa definição pode incluir, especialmente, autores que admitem a vinculação direito-moral a interesses de determinados grupos, em que certamente se diferenciam de autores que não aceitam essa vinculação do direito a outros fenômenos sociais, como Austin, Kelsen e Hart. (DIMOULIS, 2006, p. 77-78) Por isso, propõe uma distinção conceitual entre positivismo jurídico *lato sensu* e positivismo jurídico *stricto sensu*.

O positivismo jurídico *lato sensu*, cujos adeptos podem ser assim considerados os autores que rejeitam o direito natural, pode ser tido como um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos, significando que essa corrente teórica define o direito com base em elementos empíricos. Não admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado pelo legislador (teoria monista – exclusão do direito natural). Contudo, há divergências nessa teoria do juspositivismo em sentido amplo, até inconciliáveis entre si, tal como a relativa à origem do direito. Eis a necessidade, visualizada por Dimoulis, de propor uma definição do positivismo jurídico *stricto sensu*.

O positivismo jurídico *stricto sensu* inclui “um grupo mais restrito de autores que rejeitam não somente o jusnaturalismo, mas também a vinculação do direito a outros fenômenos e sistemas normativos sociais” (DIMOULIS, 2006, p. 78). Nesse sentido, a proposta de definição é feita pelo autor por meio da contraposição à abordagem que denomina de moralismo jurídico: moralismo jurídico x positivismo jurídico. Essa denominação visa a determinar uma corrente que “faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral. Admite-se, assim, a tese da *necessária conexão (junção, vinculação) entre direito e moral*. (DIMOULIS, 2006, p. 78)

Dentro da abordagem jusmoralista, salienta a questão da postura do aplicador do direito quando o sistema jurídico não satisfaz a pretensão de correção. A pretensão de correção do direito pelo intérprete/aplicador, com vistas a conformá-lo às exigências da moral — necessidade de flexibilização de normas para adaptá-las às situações concretas em determinado momento histórico.

E há de se mencionar, também, dentro do que Dimoulis denomina moralismo jurídico radical — ligação necessária e contínua entre direito e moral — a inserção do autor Ronald Dworkin. No entanto, adverte para que é equivocado o entendimento, recepcionado no Brasil, no sentido de que este autor “concede aos juízes um amplo poder discricionário para que encontrem, mediante oportunas ponderações, as melhores soluções”. (DIMOULIS, 2006, p.

96) Segundo Dimoulis, essa leitura das obras de Dworkin desconsidera o conceito de direito por ele adotado e contradiz sua visão no sentido de o Poder Judiciário dever decidir conforme exigências morais da comunidade e, assim, limitar sua discricionariedade.

Dimoulis considera Dworkin “partidário de uma concepção comunitarista e relativista da moral que não recorre a critérios de correção universalizantes, e, por outro lado, adepto de uma visão que deseja limitar os poderes do julgador” (DIMOULIS, 2006, p. 97).

Um dos argumentos de Dimoulis em desfavor dos posicionamentos moralistas é o do subjetivismo, ou seja, interpretação de acordo com crenças morais do que seja justo e moralmente adequado, sem ser indicado qual o critério dessas ideias de justiça e de moral, o que oportuniza insegurança e arbitrariedades. Daí o caráter vazio da vinculação direito/moral.

Com efeito, o positivismo jurídico *stricto sensu* adota uma tese contrária à jusmoralista: Considera que há plena e radical separação entre direito e moral; que o estudo e a compreensão do direito “não incluem sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto” (DIMOULIS, 2006, p. 100). A tese central do PJ *stricto sensu* foi formulada por Herbert Hart. Kelsen também é incluído entre os positivistas *stricto sensu*. Nessa perspectiva, Dimoulis cuida da relação do positivismo jurídico *stricto sensu* com a política para afirmar uma separação entre eles em nível conceitual, o que redundará em duas consequências: Primeira, o aplicador não deve se utilizar, em sua atuação, de considerações políticas discrepantes daquelas utilizadas pelo criador da norma e o fato de aplicar normas que tratem de temas políticos ou que produzam efeitos políticos não significa que esteja autorizado a impor sua própria vontade. E a segunda, no sentido de desvincular o estudo do direito das opiniões políticas do estudioso. Ou seja, que este adote uma postura de neutralidade, distanciando-se de suas convicções morais e políticas.

Observa-se, pois, o contraponto entre positivismo jurídico *stricto sensu* e moralismo jurídico: neutralidade política do estudioso e aplicador x incorporação da dimensão política no direito e justificativa moral para a coerção (Posição de Dworkin que não nega a influência da política no direito) (DIMOULIS, 2006, p. 109).

Dimoulis inclui, entre os adeptos do positivismo jurídico *stricto sensu*, os jusrealistas, não obstante as especificidades do realismo jurídico. Também afirma ter uma matriz claramente positivista a escola alemã conhecida como jurisprudência dos interesses, “que floresceu nas primeiras décadas do século XX” (DIMOULIS, 2006, p. 147). Esta escola entende que o direito é criado única e exclusivamente pelo legislador. Portanto, ao julgador não é dado “adulterar a vontade legislativa”, mas apenas reconstruir a decisão que o legislador

tomou no momento da criação da norma, “buscando elementos históricos e sociológicos que lhe permitam identificar os interesses sociais que o legislador quis tutelar” (DIMOULIS, 2006, p. 148). Logo, o que oferece sentido às normas é o contexto histórico em que editada, devendo-se constatar a vontade do legislador.

E com a denominação de teoria autopoiética, refere-se Dimoulis à abordagem do direito elaborada por Niklas Luhmann, incluindo-a como juspositivista *stricto sensu*, cujo conceito-chave é o fechamento operacional do sistema jurídico. Para Luhmann, o direito define sua validade e autodetermina seus conteúdos. Por conseguinte, exclui a introdução de elementos externos, como a moral e a política, significando o impedimento de que normas morais sejam consideradas como juridicamente válidas, salvo se valores morais forem incorporados, mas modificada sua natureza de moral para jurídica. Quanto à política, o direito perderia sua identidade se acolhesse algo como juridicamente lícito porque cometido por uma pessoa poderosa; o direito operaria em estado de corrupção.

Dimoulis não descarta de salientar as razões por que inclui Niklas Luhmann na corrente do PJ *stricto sensu*. Esclarece que, para ele, a proposta de Luhmann combina o imperativo Kelseniano da pureza no estudo do direito com a posição de Hart, de que a validade depende do reconhecimento (interno ao sistema jurídico).

3.2.5 Proposta de Pragmatismo Jurídico-Político

Dimoulis, em face da situação de impossibilidade de uma definição descritiva da posição do positivismo jurídico *stricto sensu* no âmbito da interpretação do direito, vislumbrando como única hipótese, no campo da teoria da validade, “afirmar que a autoridade competente decide como deve ser interpretado o direito” e que, em seu sentir, é tão genérica que não possui utilidade, faz uma opção normativa: apresenta uma proposta de definição e interpretação do direito que denomina de pragmatismo jurídico-político, abordagem que se insere no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu*, mas apresenta peculiaridades, principalmente em relação à interpretação do direito. “Afirma a relatividade e revisibilidade de qualquer afirmação sobre o direito, em função do caráter controvertido da normatividade jurídica que resulta de conflitos sociais.” (DIMOULIS, 2006, p. 159, 218, 219)

No pragmatismo jurídico, adota a visão do PJ *stricto sensu* sobre a “validade do direito (tese dos fatos sociais, teses da separação), distanciando-se de abordagens metafísicas e de posicionamentos ‘interessados’ que confundem a definição com a avaliação do direito.” No que tange à interpretação, adota uma teoria interna, afastando-se da possibilidade de o

aplicador decidir de acordo com as necessidades do momento e considerações políticas. Segue, pois, a opção descritiva do juspositivismo. (DIMOULIS, 2006, p. 159, 160)

3.2.6 A interpretação do Direito na perspectiva juspositivista

Dimoulis, a respeito da interpretação do direito na perspectiva juspositivista, afirma a necessidade de se distinguir o positivismo jurídico da validade e o positivismo jurídico da interpretação para melhor compreensão de sua proposta de entendimento sobre o positivismo jurídico *stricto sensu*. Contudo, adverte para que autores como Kelsen e Hart, adeptos do positivismo jurídico *stricto sensu*, silenciam sobre as finalidades e os métodos da interpretação, convergindo com o realismo jurídico.

Hans Kelsen, em seu **Teoria pura do direito**, dedica poucas páginas à questão da interpretação jurídica e afirma que “o intérprete exerce sua competência de concretização da norma superior e, para tanto, deve respeitar a ‘moldura’ ou o ‘quadro’ (*Rahmen*) criado por essa norma” (DIMOULIS, 2006, p. 210). Defende Kelsen sucessiva concretização da norma dentro da moldura desenhada pelas normas constitucionais, desde a opção da autoridade competente imediatamente inferior até decisões de extrema concretude, mas sempre respeitando a moldura, sob pena de exceder a competência.

Nessa ótica, entende Kelsen que o aplicador da norma realiza a interpretação adotando uma postura cognitiva, pois tem de buscar alternativas possíveis dentro da moldura do texto normativo, o que não exclui um ato de vontade do aplicador, o qual, ressalvada a hipótese de uma norma se revelar absolutamente concreta, deverá realizar uma escolha, “manifestando sua preferência” (DIMOULIS, 2006, p. 211).

Essa concepção Kelseniana, segundo Dimoulis (2006, p. 211), dificilmente pode ser contestada por um juspositivista, mas um “jasmoralista contestaria a discricionariedade do aplicador”. Veja-se um ponto de reflexão sobre o objeto primacial da presente dissertação.

A questão se situa, então, quanto aos métodos interpretativos ou a forma de se encontrar alternativas dentro de uma mesma moldura. A esse propósito, Dimoulis menciona a necessidade de métodos para limitação da atividade decisória, sob pena de decisões amparadas no livre arbítrio, o que atrai outra questão: a da legitimidade de cada “poder” ou função estatal. E, por outro lado, acentua o paradoxo relativo à implementação de

mandamentos constitucionais. A busca da máxima efetividade das normas constitucionais, a omissão e o deslocamento de competência.⁶⁰

Para Dimoulis (2006, p. 216), o “estudo da teoria da interpretação de Kelsen desmente a difundida opinião que o apresenta como adepto da aplicação automática das leis e como crítico da subjetividade do juiz”. Afirma que, lhe parece, “o problema está no fato de Kelsen não oferecer critérios sobre a realização da interpretação que permitiria distinguir entre casos de vinculação e casos de discricionariedade”. (DIMOULIS, 2006, p. 216. Cf. nota de rodapé n. 20)

Quanto a Herbert Hart, indica-o como outro grande positivista do século XX, o qual apresenta uma visão não muito diferente da de Kelsen, porque adota a teoria da textura aberta do direito e não se refere a métodos ou critérios de interpretação, reconhecendo, pois, a liberdade “potencialmente ilimitada do aplicador”. Hart “reconhece a liberdade do juiz para resolver casos situados na ‘penumbra’ da formulação da norma”. (DIMOULIS, 2006, p. 216)⁶¹

Ao indicar os principais equívocos do pós-positivismo na crítica que este faz ao juspositivismo, com destaque para a afirmação da aplicação mecânica da lei, Dimoulis observa que, se se admitir essa assertiva como correta, “Hans Kelsen, que constitui o principal alvo da crítica antipositivista, não poderia ser considerado positivista”. Do mesmo modo em relação a Herbert Hart, o mais célebre positivista do século XX nos países de língua inglesa, eis que “a notória análise de Hart sobre a *textura aberta (open texture)* do direito se baseia no reconhecimento de amplos espaços de discricionariedade do aplicador, isto é, de seu papel criativo”. (DIMOULIS, 2006, p. 53-6)

Daí que, na percepção de Dimoulis, embora Hart tenha tentado se distanciar do realismo jurídico, acaba por assumir posturas jusrealistas no âmbito da teoria da interpretação, identificando a interpretação adequada àquela escolhida pelo órgão competente (DIMOULIS, 2006, p. 217).

A situação, então, é de ausência de uma teoria juspositivista no âmbito da interpretação. De um lado, tem-se a tese de aplicação automática da lei (PJ *stricto sensu*). De outro, a postura de Kelsen e Hart, entre outros autores, que, repise-se, não desenvolvem um estudo sobre as finalidades e os métodos de interpretação.

⁶⁰ Esse parece ser, também, um aspecto que vem de encontro à defesa de escopos metajurídicos do processo, o que justificaria conceder ao Estado-Juiz a tarefa de implementar direitos fundamentais, numa perspectiva socializadora.

⁶¹ A defesa da necessidade de concretização de cláusulas abertas com base em argumentos extrajurídicos parece se ligar a essa concepção hartiana e também à kelseniana, esta quanto à concepção de sucessivas concretizações dentro de uma moldura normativa.

Realmente, observa-se que a teoria da interpretação,⁶² notadamente a partir do momento em que se reconhece força normativa à Constituição, vem revelando uma postura jusrealista.

Luís Roberto Barroso (2009), a respeito dos métodos e conceitos clássicos de interpretação aplicados à interpretação constitucional, refere-se à interpretação gramatical, à histórica, à sistemática e à teleológica e cuida da interpretação constitucional evolutiva como “um processo informal de reforma do texto da Constituição”, em decorrência de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que “não estavam na mente dos constituintes”, observados limites impostos pelo próprio texto constitucional, bem como pelos princípios fundamentais do sistema, que são intangíveis, além de que a interpretação não pode “contrair os programas constitucionais.” (BARROSO, 2009, p. 128,129,151, 154)

Barroso desenvolve, também, uma compreensão sobre a nova interpretação constitucional com o “pós-positivismo” e adentra o problema relativo à neutralidade — como uma ficção, dada a impossibilidade de se afastar a subjetividade do intérprete — e a objetividade como difícil de se alcançar porque todos “os objetos estão sujeitos à interpretação” e as leis não têm sentidos unívocos, mas apresentam várias possibilidades interpretativas. Tais possibilidades podem decorrer, por exemplo, da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, da pluralidade de significados das palavras ou mesmo da existência de normas contrapostas, “exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto”. (BARROSO, 2009, p. 311)⁶³

Nesse sentido, a Constituição passa a ser “encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.” E, quando houver colisão de princípios, resolve-se mediante ponderação.⁶⁴

⁶² Carlos Maximiliano (2009) apresenta uma distinção entre hermenêutica e interpretação, no sentido de que esta é “aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. (MAXIMILIANO, 2009, p. 1) Desenvolve o tema relativo ao processo tradicional de interpretação que se divide, basicamente, em interpretação autêntica e doutrinal e, conforme os elementos de que se servem, decompõem-se em gramatical e lógica. Entretanto, para Maximiliano, a “interpretação é uma só; exercita-se por vários processos, no parecer de uns; aproveita-se de elementos diversos, na opinião de outros: o gramatical, ou melhor, filológico; e o lógico”. (MAXIMILIANO, 2009, p. 87)

⁶³ “O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.” (BARROSO, 2009, p. 312) Nessa linha, entra a normatividade dos princípios, cujos papéis por eles desempenhados são o de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2009, 327, 329)

⁶⁴ A ponderação de valores ou de interesses “é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre

Dimoulis e Lunardi (2011, p. 261, 262) contrapõem-se à ideia de um método próprio de interpretação constitucional, porque, por exemplo, a legislação ordinária “está repleta de cláusulas gerais e normas que enunciam princípios”, o que revela que há características que não são específicas dos textos constitucionais. Por isso, preferem entender pela “*tese da equiparação*” entre a interpretação constitucional e a interpretação de qualquer texto legal.”

Chamam a atenção para os problemas dos métodos de interpretação, que “podem levar a *resultados contraditórios* entre si. Como não há critérios para escolher o método interpretativo que prevalece em caso de conflito, o aplicador permanece na indecisão.” E se observa que não há uma linha condutora em assunto de interpretação. Os “tribunais não problematizam as formas de interpretação. Utilizam os métodos casuisticamente e legitimam os mais variados resultados.” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 264)

Soma-se a isso o problema do “grau de abstração da norma, verificando-se baixa densidade normativa, aumenta a liberdade do aplicador”. Especialmente no âmbito constitucional. Exsurge nessa seara a possibilidade de “decisões manipulativas” — casos em que os juízes constitucionais modificam a formulação da norma — ou de “decisões aditivas” — em que se acresce o dispositivo em face da omissão parcial do legislador, além da possibilidade de mutação constitucional como método interpretativo. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 265, 275, 281)

Logo, a questão da interpretação precisa ser revisitada, avaliando-se os riscos de se adotarem técnicas interpretativas inadmissíveis juridicamente e ofensivas ao Direito Democrático.

3.2.7 Da resposta correta

Passa-se a tratar da concepção de Dimoulis (2006) quanto à resposta correta. Defende o autor que, embora seja atribuído esse mito ao PJ *strico sensu*, moralistas como Dworkin defendem tal posição nas últimas décadas, de que existe sempre uma resposta certa, recorrendo a métodos teleológicos e apelando para valores morais.

Por isso, rechaça a crítica ao juspositivismo no sentido de que seria uma teoria que aceita arbitrariedade interpretativa. Entende que, em casos de incerteza interpretativa derivada de fatores de imperfeição técnica, como problemas de linguagem humana, “principalmente em razão da vagueza dos termos e das expressões que emprega o legislador” ou na

o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir o resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.” (BARROSO, 2009, p. 332)

“impossibilidade de o legislador prever todas as situações reais”, o que ocorre é que “não temos um vazio normativo, e sim uma autorização legislativa para o exercício do poder discricionário do aplicador”(DIMOULIS, 2006, p. 247).

Nessa linha de entendimento, chama a atenção para que o moralismo atribui “ao intérprete o ônus (e o direito) de ‘fechar’ o espaço da interpretação, indicando qual é o melhor ponto de vista moral”, reportando-se a Dworkin, o “mais conhecido defensor da tese da ‘única resposta certa’”, o qual sustenta que as controvérsias surgem não da indeterminação do próprio ordenamento, mas de “divergências políticas dos intérpretes sobre a definição do ordenamento jurídico” (DIMOULIS, 2006, p. 246).

Portanto, alerta que a perspectiva de resposta correta no juspositivismo não se compatibiliza com aquela apregoada pelos moralistas. A resposta juspositivista oportuniza ao aplicador “escolher” entre as várias alternativas decisórias possíveis, em conformidade com a densidade normativa: “Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa)” (DIMOULIS, 2006, p. 248).

Ou seja, o espaço de atuação discricionária cresce proporcionalmente ao grau de abstração do texto normativo.

Dimoulis chama a atenção para algumas questões que não podem deixar de ser mencionadas: O subjetivismo, como opções do próprio intérprete, que deveria ser abandonado. O conflito interno entre os métodos tradicionais de interpretação, que são utilizados aleatoriamente, referindo-se aos tribunais brasileiros, em que observa a ausência de problematização das formas de interpretação, o que permite legitimar os mais variados resultados. A necessidade de se rejeitarem os métodos teleológicos. E, por fim, que a interpretação jurídica constitui atividade cognitiva, não criativa. Seu único objetivo deve ser identificar a vontade da autoridade criadora das normas. Logo, a indeterminação da norma jurídica não pode ser superada pela interpretação, mas apenas constatada a abertura semântica.

Para Dimoulis, o entendimento de que os problemas concretos podem ser solucionados pela ponderação de princípios é uma opção metodológica irracional. Para ele, a interpretação não se efetua no espaço da obscuridade, da polissemia, da dúvida e da indecisão sobre o conteúdo normativo, mas só no espaço da clareza da vontade do criador das normas.

Assim, busca uma distinção entre espaço de interpretação (cognitivo) e espaço de concretização (volitivo) como uma forma de autolimitar o intérprete ao texto legal. Concretizar, para o autor, é criar uma norma, “como decorrência da escolha entre alternativas

autorizadas por normas gerais e anteriores” (DIMOULIS, 2006, p. 253). Essa diferenciação permite rejeitar o paninterpretativismo, como corrente defensora de que qualquer problema se resolve pela aplicação do direito mediante interpretação. De outro lado, não coaduna com o ceticismo quanto à interpretação cognitiva, ou seja, que entende que o aplicador sempre desempenha um papel criativo.

É que se refere a uma visão juspositivista de formalismo interpretativo, cuja corrente doutrinária entre ser formalista tanto a postura de fidelidade à letra da lei como a sistemática, de manipulação dos significados literais das normas interpretadas. Ou seja, são formalistas tanto a busca de encontrar a vontade subjetiva do legislador como a de desconsiderar suas intenções, baseadas num contexto histórico (DIMOULIS, 2006, p. 254, nota de rodapé n. 125).

Dimoulis adota uma posição intermediária entre formalismo interpretativo e ceticismo, a do interpretativismo moderado. “Quanto menor for a densidade normativa, maior é o espaço dado à concretização volitiva”. (DIMOULIS, 2006, p. 254) Mas deixa expresso que rejeita categoricamente proposta típica do moralismo jurídico. Sua percepção de interpretação cognitiva não significa, tal como empregada por outros autores, que o intérprete constata cognitivamente as alternativas de interpretação e depois escolhe a que melhor se ajuste a critério de justiça ou de conveniência social ou econômica.

Acolhe a concepção positivista de vinculação do aplicador à vontade legislativa. Esclarece que essa posição não se deve à qualidade do legislador ou por respeito aos imperativos da democracia, que imporia dar preferência ao legislador eleito, mas por razões “estritamente normativas”. É que

o PJ *stricto sensu* permanece fiel ao direito posto pelas autoridades competentes por razões estritamente normativas, decorrentes da própria pretensão e estrutura do direito, independentemente dos méritos e do grau de legitimidade de cada legislador e, em particular, não autorizando o aplicador a examinar esse mérito e legitimidade antes de aplicar as normas postas. (DIMOULIS, 2006, p. 256)

Essa é a proposta de Dimoulis, de fidelidade *não axiológica* que se exprime pelo seu pragmatismo jurídico-político que considera ser a versão mais satisfatória do positivismo jurídico *stricto sensu*, embora não adotada por muitos autores que são tidos como representantes do positivismo jurídico.

A leitura da obra de Dimitri Dimoulis permite a compreensão de que, realmente, há pontos de crítica ao positivismo jurídico que não se sustentam. Por outro lado, o autor faz referência a questões relativas a subjetivismo, a paninterpretativismo, a opções do próprio intérprete, à relação de proporcionalidade entre densidade normativa e margem decisória, a

espaço autorizado para o exercício de discricionariedade, que são temas objeto de consideração nessa pesquisa. Significa dizer que há questões desenvolvidas no livro de Dimoulis que se relacionam diretamente com esse estudo, seja por confronto ou alinhamento.

Reitere-se que não se pretende, nessa pesquisa, tecer críticas a autores, mas apenas buscar uma aproximação de teoria que melhor se coadune com o Estado de Direito Democrático, que viabilize o exercício da autonomia, que revele o Processo como discursividade argumentativa construtora do devir.

3.3 Da necessidade de uma teoria crítica em Luis Alberto Warat: O discurso jurídico como determinante de um espaço de poder

Luis Alberto Warat (2002) revela seu objetivo ao desenvolver sua obra: determinar o que se chama ciência do direito.

Inicialmente aponta seu pensamento sobre ser, a ciência jurídica, um discurso que determina um espaço de poder, “sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social” (WARAT, 2002, p. 57).

O discurso, para o fim de sua obra, é caracterizado como “a linguagem vista globalmente desde a perspectiva de suas condições de produção, circulação e consumo.” E também compreendida a partir de “seu funcionamento intertextual” (WARAT, 2002, p. 57. Cf. nota de rodapé).

A partir dessa perspectiva, desenvolve sua visão a respeito do caráter mitológico subjacente a uma pretendida racionalidade, o que acaba por provocar essa dimensão simbólica do direito, uma negação da divisão social por meio de uma simulação linguística.

As representações jurídicas sobre o Estado como encarnação do interesse geral fazem com que os homens obedeçam a valores sociais expressos em normas jurídicas, de modo que esse Estado, como instituição sem história, mas como ordenamento jurídico, é o condutor da construção de uma imagem de “sociedade homogênea, harmoniosa, uma sociedade na qual o conflito adquire sempre o sentido de transgressão legal.” (WARAT, 2002, p. 59)

Warat indica o fetichismo das normas jurídicas que dissolvem na lei todas as dimensões do poder do Estado, atribuindo a elas um caráter intrínseco de obrigatoriedade, quando essa qualidade pertence ao tipo de relações sociais reais das quais as normas jurídicas são sua expressão. Emerge daí uma generalização abstrata da ordem legal, criando-se uma

representação de unidade social de “maneira simultaneamente imaginária e real” (WARAT, 2002, p. 61).

Nesse sentido afirma o fundamento simbólico do Estado, poder mistificado em um discurso unitarista — que elimina o saber dos homens, remetendo-os a uma esfera simbólica altamente padronizada, o que “permite que o poder hegemônico se apodere da subjetividade, submetendo a seu controle a singularidade dos desejos” (WARAT, 2002, p. 61-62).

Essa é uma compreensão que entende o Estado como uma intertextualidade totalitária, ou seja, como “um processo relacional de discursos, textos, linguagens e pré-compreensões significativas. É o discurso dos ‘outros’, funcionando como operador implícito de nosso discurso” (WARAT, 2002, p. 62, Nota 8). É o aprisionamento dos futuros discursos.

Salienta que, quando fala de intertextualidade, se refere ao “conjunto de significações socialmente disponíveis, mantidos como uma reserva produtora e interpretativa, como um complemento forçoso de nosso discurso.” (WARAT, 2002, p. 62, nota de rodapé n. 8) Por isso mesmo, para romper com esse Estado como cultura, que pretende garantir uma função hegemônica em todos os campos em que a singularidade pode se manifestar, e fazer funcionar uma sociedade democraticamente, precisamos “alterar as dimensões simbólicas e o imaginário que consagra o Estado como uma instância da censura, do segredo e do silêncio”, o que exige a produção de um “saber crítico que permita, por um lado, o enterro dos efeitos de submissão (à língua legítima) e, por outro lado nos faça aprender graças a esse enterro” (WARAT, 2002, p. 63).

É que, na percepção do autor, vários fenômenos que estão ocorrendo não podem ser explicados unicamente em termos de ideologia, mas se trata de certos processos de constituição da subjetividade coletiva. Na verdade, ele se refere à “cultura oficial que produz um paradigma de personalidade socialmente aceitável”, o que permite exclusão do homem que não se amolde a esse protótipo. E é por isso que, para que o Estado tome a forma social democrática, faz-se necessário que “os indivíduos tenham força para modificar a cultura oficial e suas formas instituídas de produção da subjetividade coletiva, superpondo-lhe a intertextualidade de um campo cultural de resistência” (WARAT, 2002, p. 64-65). Ou seja, essa forma só pode ser pensada como um lugar político sem exclusões.

A questão levantada por Warat — nesse ponto específico — diz diretamente com a participação discursiva no processo de interpretação e aplicação de cláusula aberta. É que, segundo ele, opõe-se a um processo de produção autoritária da subjetividade — quando as instituições criam a ilusão de um espaço social homogêneo — uma produção democrática da subjetividade que se revela quando surgem, na sociedade, discursos de reformulação e de

resistência. Ou seja, aqui, “os atores sociais adquirem a estatura de criadores e não mais de consumidores passivos do discurso oficial”. (WARAT, 2002, p. 66-67)

Seguindo essa linha de raciocínio, Warat se dedica ao sentido comum teórico do direito, o qual identifica com a “*racionalidade jurídica ocidental que se manifesta subjacentemente como gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos do direito* (especialmente no discurso das ciências jurídicas).” (WARAT, 2002, p. 75, itálico no original) Essa racionalidade subjacente é entendida como a forma de construção do discurso jurídico, não imune a efeitos pré-compreensivos de sentido, e que acaba por transformar o sentido comum teórico em princípio da validade e da verdade daquele mesmo discurso.

Numa visão mais completa, considera o senso comum teórico dos juristas como um conglomerado de opiniões, de crenças, de ficções, que “governam e disciplinam anonimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, compensando-os de suas carências”, de forma a estabelecer um clima significativo para os “discursos do direito antes que eles se tornem audíveis ou visíveis”. (WARAT, 2002, p. 96)

A análise do homem, numa perspectiva de parte de um todo — o saber legista — é feita por Warat a partir da questão da paternidade, que opera como um significante todo-poderoso, fazendo com que a lei se situe, inicialmente, num lugar vazio onde

transitam os doutores, fazendo desse vazio seu lugar de poder. Homens comuns disfarçados de sábios, reveladores do saber absoluto. E para isto a lei precisa funcionar como um significante separado de todas as significações, mas, ao mesmo tempo, simulando possuir todas as significações que as interpretações possam atribuir-lhes. [...] “juiz pai” [...] a paternidade legítima e faz coisa julgada. (WARAT, 2002, p. 79-80)

Quanto a isto, com ineludível sabedoria, reconhece que a “anemia significativa das palavras da lei” e a “natureza da linguagem jurídica”, com “uma vagueza intrínseca” servem para que a “função paterna possa ser cumprida pelos juízes e seus auxiliares pontífices (a doutrina complementa a função paterna)”. E prossegue, fixando que “a vagueza da linguagem das normas facilita o desenvolvimento de uma relação mitológica da lei com o lugar divino da verdade” e que, tal como a arte repousa na capacidade de produzir efeitos mágicos, também assim o é com a interpretação do direito, que permite a “consagração do princípio da autoridade: o intérprete da legalidade é o único que sabe” (WARAT, 2002, p. 79-81).

O jurisdicismo que subjuga o desejo é criticado, eis que nos coloca diante da instituição mesma, ou seja, ante a doutrina de um saber absoluto sobre a lei, de forma a trazer,

como consequência, a regulação do desejo em conformidade com as “crenças jurdicistas transmitidas pela fala instituída no espaço do ‘Direito Público’ (a lei)”. (WARAT, 2002, p. 81)

Diante dessas considerações, assevera Warat que não podemos pensar na formação de uma cultura democrática “aceitando um clima de significações que impõe lugares reservados, como donos, para a lei, a verdade, o desejo e o poder”. Ao contrário, em uma cultura democrática esses lugares precisam estar vazios e essa condição, de esvaziamento, implica na necessidade de estabelecer um novo programa pedagógico, que “mine, com suaves subversões, a estrutura da racionalidade mórbida, que nos censura e governa desde a instituição social”. Seria esvaziar os mecanismos que fazem da cultura uma forma de identidade social, cujas consequências são desastrosas, pois aniquilam possibilidades de constituição de desejos. Enfim, para a democratização da cultura “é preciso fazer da marginalização do desejo um lugar de emergência da singularidade contra a ditadura das certezas culturais.” (WARAT, 2002, p. 91-92)

Daí a adequação da teoria procedimentalista normativa de Jürgen Habermas, como será visto no Capítulo 6. Habermas (2003, p. 314) acentua que, para a reconstrução do direito sem apoio num “direito superior ou num direito precedente dotado de dignidade moral” é preciso resolver dois problemas: o de como “entender a garantia simétrica da autonomia privada e pública, se localizamos os direitos de liberdade, concebidos como direitos humanos, na mesma dimensão do direito positivo” e “como entender o princípio do discurso, determinante para a legitimação do direito, se ele, devido à complementaridade entre direito e moral, não pode mais coincidir com o princípio moral.”

Os direitos humanos podem ser fundamentados como direitos morais. Contudo, não podem ser impostos: “Os destinatários do direito não poderiam entender-se como seus co-autores, se o legislador se limitasse a operacionalizar os direitos humanos, tidos como fatos morais já prontos”. A isso se acresce que o legislador não está autorizado a decidir nada que fira esses direitos humanos. A solução é, então, o direito como um “*medium sui generis*, cujas características formais o distinguem da moral”. (HABERMAS, 2003, p. 315)

Logo, apresenta-se o princípio do discurso, que propicia legitimidade ao direito, desde que as próprias formas de comunicação passem por uma institucionalização jurídica prévia. À medida que “o princípio do discurso assume figura jurídica, ele se transforma num princípio da democracia”. Isso significa que os “sujeitos que desejam regular sua convivência com os meios do direito positivo não podem mais escolher o *medium* para concretizar sua autonomia”. A participação do sujeito se dará como sujeito de direito, não lhe sendo dado,

portanto, escolher o tipo de linguagem que será utilizada, mas devendo valer-se de um discurso racional. (HABERMAS, 2003, p. 316)

3.3.1 Implicações negativas do Positivismo Jurídico

Warat afirma sua discrepância com a ideia de racionalidade jurídica positivista e que intenta forçar uma indagação sobre os efeitos e defeitos que a racionalidade jurídica positivista provoca nos juristas práticos e acadêmicos.

Destaca que o positivismo jurídico sufocou a dimensão autorreflexiva da ciência, colocando no lugar dela “uma fé irreflexiva na metodologia” (WARAT, 2002, p. 104). De outro lado, o modelo ideal de ciência jurídica é ideológico e, quando se acredita no método como apto a superar a ideologia, a partir da construção de linguagem que seja a “expressão objetiva de significados unívocos”, o método é que fica transformado em ideologia.

Nessa linha de construção, Warat observa dois aspectos do positivismo jurídico: a proposta de separar o direito que é do direito que deve ser e o dilema entre uma racionalidade interna (discurso da ciência como um sistema de conceitos) e uma racionalidade externa, que deve ser separada, vigiada em razão de seus componentes míticos e políticos.

É nesse sentido que caminha para a crítica à norma fundamental gnoseológica de Kelsen, cuja pertinência ao conhecimento jurídico seria suficiente para adquirir força obrigatória, o que força concluir que a necessidade de legalizar a força obrigatória da norma estatal desloca-se para o plano do saber. E esse reconhecimento hipotético da força obrigatória do direito positivo revela um efeito imaginário de validade, excluindo-se a possibilidade de um procedimento por parte dos indivíduos obrigados, de forma que as “normas se legitimam pelo sistema e o sistema se legitima pelo Estado, e o Estado pela razão”. (WARAT, 2002, p. 107-108)

Com relação a Hart, Warat faz referência à sua proposta de uma regra de reconhecimento, que seria “conceitual, que funcionaria como uma regra de conduta, que estabeleceria para os juízes o dever de aplicar as normas primárias do sistema”. (WARAT, 2002, p. 108-109) Isso significa que Hart não vê os sistemas jurídicos como absolutamente descritivos, mas que busca um critério de identificação na prática efetiva do direito, o que coloca o imaginário judicial como fundamento de validade do sistema, posto que a prática social de reconhecimento é desenvolvida pelos próprios juízes que se sentem obrigados a aplicar as normas com base naquela prática.

A norma de reconhecimento de Hart tem, então, peso ideológico maior que a norma fundamental de Kelsen, porque acaba por estabelecer uma identidade entre racionalidade jurídica e órgãos jurisdicionais e a incorporá-la em uma rede de relações de poder.

Mas, como desabafa Warat, à sociedade deve caber o papel de censor das palavras da lei, o que pressupõe a abertura dos discursos jurídicos. Isso porque, como justifica,

o discurso legal não esgota sua fundamentação nas regras que distribuem o poder de emissão [...] a palavra não é só aquilo que falamos; é, antes, aquilo desde onde falamos. O lugar da palavra é uma dimensão de significação que nunca é manifestada pelas palavras. O lugar da palavra refere-se à capacidade “política” que a linguagem possui de converter-se em seu próprio “silêncio”. (WARAT, 2002, p. 111)

Tal compreensão leva Warat a afirmar que a consequência desse silêncio é a introdução do indivíduo na ordem social e sua identificação com a “boa” ordem, perdendo-se a si mesmo, mas se adaptando a um discurso legal de controle social, que encerra termos como interesse geral, bem comum e etc. Portanto, chama a atenção para a necessidade de se aceitar que os fundamentos da força obrigatória do discurso legal estão na pré-compreensão mítica, que organiza a atuação institucional de seus protagonistas. Ou seja, na verdade, os órgãos oficialmente autorizados a fazerem a leitura dos textos legais contam com uma “estrutura de significantes específica (o discurso da ciência) para suas identidades, que os afasta imaginariamente do imaginário social.” (WARAT, 2002, p. 113)

Revela-se, então, a suposição de que a regra “geral” seja “boa” para todos. Mas a questão é a legitimidade da norma!

Dessa forma, entende Warat que o positivismo jurídico, visto da perspectiva do senso comum teórico dos juristas, é um espaço de interdiscursividade ideológica.

Partindo para o exame de alguns aspectos da obra de Kelsen, Warat aborda a busca da lógica jurídica formal, visto que aquele autor entende que uma ciência jurídica somente seria aceitável como uma teoria dos sentidos deônticos das normas, depuradas de toda faticidade e de ingredientes axiológicos, políticos e ideológicos. Ou seja, constrói uma ideia de um sistema jurídico sem contradições internas, conformando uma lógica jurídica formal.

A Teoria Pura de Kelsen propõe, pois, que o direito seja pensado independentemente de toda a problemática ontológica.

Ao postulado da pureza normativa kelseniano, Warat diz opor o da heteronímia significativa, que visa ao esclarecimento do papel dos fatores extranormativos na produção do sentido jurídico; a evitar o reducionismo semiológico. Significa dizer, ainda nas palavras de

Warat, que a interpretação linguística das normas jurídicas não se pode dar atendendo somente seu “significado estrutural, dado unicamente pelo sistema normativo válido”, mas deve integrar-se com “as significações de elementos extranormativos, dinamizadores do acontecer jurídico” (WARAT, 2002, p. 145).

O postulado da heteronímia significativa releva o caráter social, político e ideológico da produção de sentidos jurídicos e de sua operatividade na interpretação e aplicação da lei, o “que descarta a pretensão de neutralidade judicial”.

As palavras da lei não são constituintes exclusivos do significado jurídico, não são conteúdos unívocos, nem axiomas de aplicação automática, nem premissas inquestionáveis, que mediante o silogismo lógico conduzem a conclusões inquestionáveis. [...] A significação jurídica tem emissores e receptores heterogêneos, e não está contida de forma unívoca nas normas jurídicas válidas. (WARAT, 2002, p. 146)

Logo, adverte Warat, seu propósito não é combater a Teoria Pura do Direito, mas propor um reencontro metodológico com a mesma no plano da metodologia crítica do direito. E assim é que desenvolve seu pensamento na ideia de ruptura com relação aos hábitos e costumes clássicos e com a reconstrução de conceitos liberados de articulações ideológicas. Isso porque admite que o saber jurídico, no processo de constituição de suas categorias e significações, sofre influências do contexto social.

Afinal, no capítulo II de sua obra, Warat acentua seu objetivo de se livrar das tiranias do método e de se empenhar na determinação das condições míticas de existência da racionalidade jurídica. Ou seja, esclarece, pretende desistir de tentar uma reconstrução neutra do conhecimento, o que chamaria de “grau zero de razão”, substituindo-a por seu “grau histórico”.

Ele busca uma reconstrução crítica do desenvolvimento do saber, explicado “sob o prisma das representações logomíticas que determinam cotidianamente a mentalidade dos juristas, as linguagens do Direito e suas exclusões políticas.” (WARAT, 2002, p. 323) Isso porque, em sua visão, o positivismo jurídico se identifica com a razão jurídica dominante, se aceitarmos que suas crenças de conhecimento e sua visão de mundo são impostas pelo senso comum teórico dos juristas.

E entende ser necessário repensar as funções sociais da ciência jurídica, dado que as representações mitológicas funcionam como centro de atração das teorias do Direito e como “forma de atualização do autoritarismo e do poder da razão jurídica na fixação das relações sociais”.

Rejeita a perspectiva positivista da ciência jurídica, de separação do racional do fazer cotidiano; a negativa do papel da política para garantir um convencionalismo. Ele acredita que o conhecimento repousa nas condições de sua existência histórica, não apenas nas condições metodológicas. Realça que tanto o jurista prático como o teórico são impregnados de uma mentalidade, que não é privilegiada nem tão diferente de um leigo em Direito. Logo, a racionalidade deles é também uma reserva de opiniões. E a sacralização dessa reserva, tendo-a como verdades objetivas, permite vincular valores do passado ao futuro, “para imaginar uma sociedade milagrosamente coerente com nossa razão”.

Em virtude disso, “nossa tendência à autonomia e responsabilidade como sujeitos históricos fica dissolvida na compreensão e no acatamento de um campo de normas jurídicas miticamente apresentadas”. Isso permite “atomizar o homem e adormecer seus sonhos e sua autonomia”. Fica com o Estado a posse da razão. Assim, o “racionalismo objetivista do positivismo jurídico permite, enfim suprimir o caráter politicamente democrático do desejo cotidiano”. E, desse modo, a conclusão de Warat é que os juristas, porque assimilam essa racionalidade positivista, “não têm condições de colocar seu ofício à disposição da sociedade e da democracia (entendida como desenvolvimento autônomo do homem).” (WARAT,2002, p. 324-3255)

Prossegue sintetizando que a concepção positivista, “ao reivindicar o império das normas jurídicas como expressão abreviada da razão, aparece como mediação tranqüilizadora do programa político do Estado”. (WARAT, 2002, p. 325) E chega à sua hipótese principal: a de que a mentalidade jurídica positivista deve ser vista como uma das dimensões simbólicas da política. O positivismo disciplina e estabiliza, autoritariamente, a guerra das significações. Daí a necessidade de uma teoria crítica.

Warat chega ao final de sua obra propondo uma teoria crítica, que questiona os efeitos de poder da ciência jurídica, mas acaba por tomar dela suas condições de produção e por construir um discurso que não se livra da manifestação do ideológico, a exemplo da ilusão de existência de palavra sem ambiguidades.

Diz perceber que, para fazer crítica à ideologia, é preciso buscar o nível crítico de significação, que representa a distância máxima que pode ser discursivamente conquistada entre as condições ideológicas de produção e recepção. Ele busca a intertextualidade.

A partir disso, desenvolve a hipótese sobre as possibilidades de uma teoria crítica como uma nova fundação da ciência jurídica. A ideia é “privilegiar o lugar social da fala, sobre aquilo que se fala e o sujeito da fala”. É observar as “incidências do discurso na história e, desta, no discurso”. Há um “nível imaginário” que influencia a escolha dos significantes.

Quer dizer que o processo de produção das significações nos obriga a aceitar o fato de “nossa visão das significações encontrar-se sempre prefigurada por significações já consubstanciadas com a ação social. Por isto é que a crítica ao conhecimento só é possível como teoria da sociedade”. (WARAT, 2002, p. 352).

A teoria crítica denuncia, entre outros aspectos, o caráter imaginário dos estudos jurídicos e da mentalidade jurídicista presente na aplicação do Direito; a noção de Direito centrada nas normas positivas; o papel interdiscursivo das doutrinas, como instância produtora dos sentidos da lei e como processo de exercício do poder; a ideia da norma fundamental, demonstrando como ela esconde determinantes sociais. Essas denúncias, como explicita Warat, não passam de uma indicação da necessária articulação que deve haver entre as instâncias jurídicas e as instâncias da sociedade. Dentro dessa corrente crítica, o autor afirma preferir, ao invés de uma inclinação a pressupor o unitarismo social, a hipótese do caráter conflitivo do processo de produção das significações.

A proposta, então, é de um discurso rebelde, que recupere o valor político da pluralidade de sentidos, de forma a destruir esse lugar mitificado da verdade, “imposto pelo objetivismo abstrato e pelo positivismo jurídico”. É de superar uma fala monológica, já habitada, hermética, para instituir uma gramática livre. De um diálogo igualitário, dialógico, em que as vozes dos personagens não sejam neutralizadas pela voz do narrador. No romance que Warat denomina de carnavalizado “todas as vozes dizem o mundo em pé de igualdade”. (WARAT, 2002, p. 355).

Ou seja, Warat adota a posição de democratizar as variações enunciativas, deslocando o lugar da verdade para nosso cotidiano e, de consequência, afastando os efeitos totalitários de poder decorrentes do discurso monológico por meio da quebra da continuidade da ação das crenças impostas por um discurso não problematizado.

Numa metáfora muito interessante, Warat relaciona o discurso científico com a cultura: A sociedade encenada pela ciência como um espetáculo de significações, onde o discurso científico não explica, nem descreve o real. Nessa percepção, lembra o autor que o autoritarismo é sempre a ausência de teatro. E prossegue: “Quando nos reconhecemos socialmente através de ordem, de identidades autoritárias, está faltando o palco, o espaço público para a grande atmosfera de festa que é a democracia como processo participativo.” (WARAT, 2002, p. 357). Correlacionando essa concepção com a nossa proposta, é o Processo esse espaço público dialógico.

Defende que a ciência deve organizar-se para a democracia, indagando se as ciências sociais não nos colocam numa cilada ao procurar a verdade. A verdade não é o ponto de apoio

como uma palavra de ordem para a democracia. “Uma sociedade democrática também pressupõe a constituição de um lugar comunitário para a descentralização semiológica”. Deve se comprometer em “prover as condições de possibilidade de um desenvolvimento pleno, autônomo, de todos os membros da sociedade”. (WARAT, 2002, p. 358)

Relaciona a figura do legislador racional com a do narrador no romance monológico, onde apenas ele pode dizer o mundo jurídico. Na verdade, quer concluir que, para superar o mito da explicação do Direito por ele próprio, é preciso se valer de uma análise discursiva baseada na ideia de intertextualidade e de uma semiologia polifônica, plural, em que os próprios atores possam se subverter em seu interior.

Rechaça, pois, uma proposta epistemológica que privilegia o método, em cuja práxis a produção do conhecimento torna-se monocêntrica para acolher uma que assuma a linguagem como espaço de debate e de conflito.

As contradições não devem ser afastadas por meio de um discurso monológico. Ao contrário. O que se deve privilegiar numa constituição simbólica da democracia é o conflito, a ruptura, é a antítese à homogeneidade social, o que viabiliza não a submissão, não a obediência, não a imposição de um discurso como uma fala de verdade, mas uma permanente reinvenção simbólica, baseada em interrogação sobre as significações num espaço de intertextualidade, de circulação produtiva das significações. E esse espaço deve estar na própria sociedade, não no Estado.

Logo, Warat não acolhe a ideia de lei e saber do Direito como discurso de estabilização do conflito, eis que essa percepção implica na petrificação das relações sociais. Ele defende que o homem exerça sua autonomia e, ao invés de ser considerado um transgressor, seja o protagonista que “assegura a invenção que legitima a democracia”. Conclui, finalmente, que “o pensamento jurídico é totalitário, fala em nome da lei. A teoria crítica é também totalitária, fala em nome de uma verdade social”. (WARAT, 2002, p. 364)

3.4 Conclusão do capítulo

Dimitri Dimoulis (2006, p. 39) pontua que Hans Kelsen não é adepto da aplicação automática das leis, mas não oferece critérios sobre a realização da interpretação. Da mesma forma, que Herbert Hart adota a teoria da textura aberta do direito e reconhece a liberdade potencialmente ilimitada do aplicador. Não aceita, entretanto, a crítica ao juspositivismo, no sentido de que admitiria arbitrariedade interpretativa, pois que, em sua visão, nas situações de vagueza de termos ou expressões empregadas pelo legislador ou na ausência de previsão casuística de situações, o que há não é um vazio normativo, mas uma autorização legislativa para o exercício do poder discricionário do aplicador.

Não obstante reconheça e não objete a plena e radical separação entre direito e moral, tese adotada pelo positivismo jurídico *stricto sensu*, que redundava numa clara oposição entre o positivismo jurídico e o moralismo jurídico, Dimoulis revela sua preocupação com o âmbito da interpretação. Devido à ausência de uma proposta interpretativa pelo positivismo jurídico, o que implica afirmar que a autoridade competente decide como deve ser interpretado o direito, ele propõe a teoria do Pragmatismo Jurídico-Político, que afirma a “relatividade e revisibilidade de qualquer afirmação sobre o direito, em função do caráter controvertido da normatividade jurídica que resulta de conflitos sociais”. (DIMOULIS, 2006, p. 159, 218-219)

O pensamento juspositivista confronta os ideais teórico-filosóficos de Luis Alberto Warat (2002) e de Karl Popper (1987), porque coloca sob a responsabilidade do Estado-Juiz dizer o melhor direito, decidir qual a resposta adequada, o que atrai o debate sobre o senso comum teórico do jurista. Por outro lado, qualquer fonte de conhecimento pode ser admitida, desde que não considerada como autoridade em relação a qualquer outra e se submeta ao debate frutífero e dialógico entre pessoas das mais diversas bases culturais.

Logo, as percepções de Warat e de Popper servem de esteio para se fazer uma leitura do Processo como espaço para o confronto entre teorias, que afaste a possibilidade de abrigo da ideia de discricionariedade do Estado-Juiz e se aproxime de uma teoria não autoritária do conhecimento, mas democrática, acolhedora da percepção de que não há um critério universal ou absoluto de verdade e, assim, convergente para o respeito às diferenças, que devem conviver e se fazer respeitar.

Posto isso, no próximo capítulo apresenta-se a concepção de discricionariedade no âmbito da função judiciária do Estado, esclarecendo-se que essa abordagem decorre da relação entre textura aberta do direito e exercício de aplicação, de concretização da norma pelo Estado-Juiz, que envolve o preenchimento de “conceitos jurídicos”, a determinação de

procedimentos e atos no exercício de sua competência constitucional como órgão oficial do Estado.

O desenvolvimento do tema “discrecionarietà” compõe o estudo para prosseguir na apresentação de razões teórico-paradigmáticas nas quais se está a apoiar para afirmar que uma discrecionarietà aos moldes positivistas de Herbert Hart não se compatibiliza com a orientação teórico-processual-constitucional brasileira, especialmente porque a teoria do direito em Hart é elaborada no âmbito do direito inglês, filiado ao sistema de direito de *common law*.

Não se pretende afirmar aqui que qualquer proposta teórica esteja correta ou incorreta, mas apenas colocar alguns pontos de tensão identificados entre a percepção juspositivista acerca da discrecionarietà em casos de zona de penumbra da norma e a leitura do direito numa visão democrática.

A teoria que se reputa como apta a alcançar esse objetivo é a que dá os contornos ao Processo Constitucional, ou seja, uma teoria de Processo como um espaço de debate, de forma isonômica, cujos princípios constitucionais da ampla defesa (discursividade aberta) e do contraditório (direito igual de interpretar, de manifestar em igual tempo procedimental) sejam embaixadores da fundamentação do provimento democrático, prolatado com observância da duração razoável do procedimento (cumprimento dos prazos legais), de forma que os interessados (re)construam os significados do texto normativo, colocando sua fala na concretização da norma, cujo sentido atribuído internamente ao debate terá, assim, como pano de fundo, o lugar de onde essa fala se desenvolveu, na forma delineada, quanto ao aspecto da atribuição de sentidos, por Warat.

Essa proposta teórica, que vem sendo pontualmente indicada ao longo da presente dissertação, a nosso ver, supera a teoria juspositivista da discrecionarietà judicial em casos onde há indeterminação ou incompletude do direito, porque apresenta uma leitura democrática⁶⁵ da atividade judiciária do Estado.

⁶⁵ Essa leitura democrática da atividade judiciária do Estado é no sentido de que a tomada de decisão por meio de provimento judicial se embasa em normas, prévias, que estabeleçam o procedimento e que o conteúdo da decisão seja construído conjuntamente com aqueles que suportarão seus efeitos, de modo que participem do processo de formação de opinião e vontade e, assim, reconstruam a norma para o caso, o que permite que se sintam coautores da norma à qual se submeterão. Trata-se de uma visão de democracia em Bobbio (1986) e em Habermas (2003), como será tratado no Capítulo 5. E com essa perspectiva não se compatibiliza a ideia de discrecionarietà como um espaço de liberdade de interpretação e de complementação da norma para o caso pelo Estado-juiz, mas sim a ideia de interpretação e aplicação por um procedimento orientado pelo Processo Constitucional, entremostrando-se sua instrumentalidade técnica como proposto por Elio Fazzalari: O processo como um procedimento do qual participam “aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

A mesma teoria do Processo Constitucional se alinha, para ganhar força, à teorização de Warat, como uma perspectiva científica apta a assegurar que os desejos do homem sejam considerados como os dele próprios, não desapropriados em virtude da perda de sua própria identidade para assumir uma identidade coletiva, pretensamente homogeneizada pelo discurso dominante fechado, cooptador dos juristas, formando-se um senso comum teórico como o lugar da verdade. Da mesma forma, também encontra eco na percepção de Karl Popper, de uma sociedade aberta, e de ciência sempre aberta à crítica, o que sugere o afastamento do autoritarismo para fazer emergir o consenso, este defendido por Jürgen Habermas.

A teoria do Processo Constitucional, na abordagem de Baracho⁶⁶ (1984) e na conformação que lhe é dada pela Constituição da República Brasileira, é guiada por um discurso participativo, aberto, de forma que a construção do direito se dê no espaço do devido processo e que os interessados possam exercer sua autonomia e se sentir coautores⁶⁷ da definição do direito, reconstruído para o caso, o que não prescinde do conhecimento para a cidadania, como já mencionado. Nessa perspectiva, afasta-se ou, pelo menos, minimiza-se a ideia de aceitação passiva da vontade do legislador para adotar uma posição ativa de construção de significado, o que não faz pressupor uma ideia de neutralidade, mas coloca o homem mesmo como o centro da sociedade e que pode exercer o “papel de censor das palavras da lei”, sem exclusões ou preferências.

⁶⁶ Conferir nota 15.

⁶⁷ A ideia de coautoria é de Jürgen Habermas (2003), como será tratado no Capítulo 5, item 5.2.3. Para Habermas, direito legítimo é aquele cujos destinatários sejam, também, coautores do ato.

4 CONCEPÇÕES DE DISCRICIONARIEDADE

É preciso delinear a ideia de discricionariedade que é desenvolvida no presente trabalho.

A discricionariedade judicial é admitida por Herbert Hart (2009) que elaborou sua teoria no Século XX, mas dentro de outro sistema de direito: o do direito inglês, pertencente à família do *common law*. É vista como permissão pelo direito em face de conceitos discricionários por Karl Engisch (2008). É combatida por Ronald Dworkin (2002).⁶⁸ Não é admitida por inúmeros processualistas nacionais, adiante indicados, mas apontada como possível por alguns.

A admissão da discricionariedade no âmbito judicial é controvertida, especialmente porque e quando tratada como poder de escolha de acordo com conveniência e oportunidade, tal como é desenvolvida no direito administrativo. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim (1990) entende ser impróprio referir-se a discricionariedade judicial como sinônima à ideia de discricionariedade no âmbito administrativo, pois há diferenças tão fundamentais entre uma e outra que justificaria o não uso do termo “discricionariedade” relativamente à atividade judiciária, até para evitar que se confundam.

Entretanto, a mesma processualista, à consideração de que, no âmbito judicial só pode haver uma decisão válida, mas tendo em vista, por outro lado, a evolução do pensamento sobre a discricionariedade no âmbito administrativo no sentido de haver, também para o Administrador, um único caminho jurídico possível em face do caso concreto e, ainda, após o pensamento sobre ser, a Administração e o Judiciário, funções do Estado, até admite possa ser o problema da discricionariedade tratado sob o mesmo ângulo. (ALVIM, 1990)

Contudo, mantém o entendimento de que não é aconselhável a utilização do mesmo termo para o âmbito judicial, especialmente porque nessa função estatal a norma, embora possa permitir diversas soluções para determinado caso, é vocacionada a que haja uma só

⁶⁸ Na crítica que Dworkin faz à doutrina positivista se encontra a relativa ao poder discricionário do juiz. Para Dworkin, às vezes, emprega-se a expressão “poder discricionário” num sentido fraco, apenas para dizer que “por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.” Esse sentido é usado num contexto que não é, por si só, esclarecedor. E é também usada a expressão nesse sentido para o caso de decisão em última instância e que não há mais possibilidade de revisão por nenhum outro funcionário. O primeiro sentido se distingue de um outro mais forte: Em certos assuntos, o funcionário público [autoridade] “não está limitado pelos padrões de autoridade em questão.” Há possibilidade de escolha, ou seja, a ideia de poder discricionário é relativa. Essas considerações de Dworkin caminham no sentido de entender que o poder discricionário, para os positivistas, ganha um sentido forte e, assim, tem relevância para sua análise dos princípios, porque parece fazer entender que “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade ou da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” (DWORKIN, 2002, p. 51- 53).

solução. Por isso, entende que aí residiria o traço diferenciador entre discricionariedade administrativa e judicial. (ALVIM, 1990)

Visão no sentido de existência de espaço para que o Estado-Juiz faça escolhas, ou decida de forma unilateral, não encontra mesmo guarida no marco teórico do Direito Democrático, que orienta essa pesquisa, dado que tal ponto de vista implica enfraquecimento das garantias processuais constitucionais, notadamente as do contraditório, ampla defesa e isonomia, bem como da vinculação da função judiciária à lei e à Constituição.

A tônica da ideia de discricionariedade no âmbito judicial é tratada por Lenio Luiz Streck (2009) para quem esta não se confunde com a discricionariedade relativa a atos administrativos discricionários e vinculados, diferentes de atos arbitrários. Trata-se de discutir o “grau de liberdade de escolha dado ao intérprete (juiz) face a legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição.” É que, ainda segundo o autor, a vagueza das palavras da lei, acrescido ao fato de que direito é poder,⁶⁹ acaba por “descambar” em arbitrariedades. E esse grau de liberdade [de integração da norma] acaba por se converter em um poder que não é dado ao juiz,

uma vez que a “opção” escolhida pelo juiz deixará de lado outras “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade com os limites impostos pela autonomia do direito. (STRECK, 2009, p. 30-1)

Na visão de Streck não se trata de distinguir entre “discricionariedade na *civil law* e na *common law*”. A questão é o fenômeno da interpretação e interpretação é um ato produtivo. O ponto é, pois, que o termo “discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a

⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover (2010) adverte que o poder do Estado, embora uno, se distribui entre as funções do Estado, entre as quais a judiciária. Logo, esta função é também manifestação do poder estatal. Daí, porque, em relação à sindacalidade de atos estatais, pelo Judiciário, no que tange ao mérito administrativo, dentro de certos limites (como mínimo existencial à dignidade humana), cabe ao Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos postos no art. 3º da Constituição da República. Trata-se de controle de constitucionalidade das políticas públicas do Estado pelo Judiciário mediante o cotejo com as finalidades do Estado, de modo que o juiz se torna coautor das políticas públicas. Nesse sentido, e aqui é a compreensão da presente pesquisa, se apresenta a necessidade da atividade judiciária compartilhada com aqueles que sofrerão os efeitos do provimento e, tendo em mira os reflexos da jurisprudência na decisão de futuros casos, a sociedade como um todo é interessada na decisão judicial e de sua construção deve participar. Afinal, especialmente em se tratando de controle de políticas públicas, cujo objetivo direto é assegurar a integridade de direitos fundamentais individuais e coletivos, tal controle deve observar o devido processo, ser aberto ao debate. Em apoio a essa posição (HÄBERLE, 1997, p. 9, 23, 31), que desenvolve a percepção de interpretação constitucional como um processo aberto: Todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete: “O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos”. A legitimação se dá pela participação no procedimento.

juízo”. E essa discricionariedade é aquela de que se utiliza Herbert Hart em sua obra **O conceito de direito** e que “é esse que é praticado e defendido pelo positivismo, confessadamente ou não, até os nossos dias, mesmo em tempos de pós-positivismo”. (STRECK, 2009, p. 30, 31, nota de rodapé n. 13)

A tese de preenchimento do espaço de abertura se liga às cláusulas abertas e aos conceitos jurídicos indeterminados, porque, diante de normas com essa configuração, emerge a possibilidade ou necessidade de considerações valorativas para lhes estabelecer o alcance. Logo, parte-se dessa visão de Streck para fixar que o preenchimento desse “espaço aberto”, para ser legítimo, deve ocorrer sob a orientação do Devido Processo.

De fato, o direito não pode valer-se de uma linguagem que se defina por seus próprios termos; não se autolegitima. Admitir que os textos legais são autossuficientes implica na aceitação do direito reduzido à legislação em vigor e da linguagem jurídica como pressuposta e inquestionável, posição antagônica ao ideal de Direito Democrático.

Os termos que compõem a linguagem jurídica não estão fora daqueles que compõem a linguagem natural existente na realidade fenomênica. A atribuição de significados a esses termos é exatamente a questão, pois que, numa sociedade aberta, não se pode admitir que os termos jurídicos sejam prévia e estaticamente definidos, atribuindo-se-lhes um conceito jurídico indiscutível e imutável, numa perspectiva continuísta, inativa, desconectada do dinamismo social. Portanto, a questão é o procedimento obedecido na concretização de normas de feição aberta ou que contenham conceitos dependentes de valoração e sob que orientação teórica se desenvolverá esse processo de construção de provimento.

Retoma-se aqui, então, o entendimento de Karl Engisch (2008) sobre conceitos discricionários, espécie do grupo conceitos indeterminados, ao lado dos conceitos normativos, como tratado no Capítulo 2. Engisch privilegia o esclarecimento do conceito de “discricionariedade na sua estrutura dogmática sob o ângulo visual do ‘direito dos juristas’” para se saber se, ao lado dos conceitos indeterminados e normativos, se reconhecem também “conceitos discricionários que condicionam e postulam uma particular posição ou atitude do funcionamento administrativo ou do juiz”. Adverte que apenas a indeterminação e a normatividade não fazem de um conceito discricionário. Deve haver algo a mais. (ENGISCH, 2008, p. 215-216)

O algo mais a que se refere diz respeito a uma possibilidade jurídica, a um poder que, por meio da própria lei o agente administrativo ou o juiz estará habilitado a proferir uma decisão unicamente correta. É uma delegação de poder para se tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu ao agente ou ao juiz “porque só pode ser

tomada considerando os factos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos”. (ENGISCH, 2008, p. 219-220)

A questão que ainda remanesce no debate sobre o conceito de discricionariedade e formulação de ponto de vista pessoal, considerada por Engisch, é a que diz com o “espaço de livre apreciação” e a ideia de decisão justa, que, segundo este autor, refere-se ao conceito de “discricionariedade vinculada”. Essa vinculação refere-se ao escopo e resultado da decisão como o único ajustado, em conformidade com todas as diretrizes jurídicas, ao lado de uma cuidadosa consideração de todas as “circunstâncias do caso concreto”.

A incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão “justa” seria então um ‘mal’ que se tem de aceitar. Trata-se aqui de um “espaço residual”, (portanto, de um espaço livre – restringido) da “subjectividade na apreciação do justo” que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias e que não pode ser totalmente eliminado.

[...]

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 [...] a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um “resto” de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer o seu próprio “ponto de vista”. (ENGISCH, 2008, p. 221-222)

Os conceitos discricionários têm, então, a característica peculiar de serem formulados “pela sua própria estrutura como indeterminados e normativos (p. ex. ‘interesse público’, ‘equidade’, ‘dureza’)” (ENGISCH, 2008, p. 225). E é plenamente defensável que, ao lado da discricionariedade do legislador e do governo exista a discricionariedade judicial. Esta, em hipóteses, por exemplo, de graduação da pena, de fixação de reparação pecuniária de dano moral, certas medidas processuais baseadas na mera conveniência, o “preceito-poder” “podem”, que traduz um poder de escolha.

Na valoração, Engisch não desconhece a convergência entre o que há de individual no caso e a individualidade do sujeito que aprecia o caso. Compreende-se o individual de uma maneira individual, dado ser uma exteriorização de uma individualidade, o que mostra a relevância que adquire o caso concreto, seja pelas circunstâncias particulares que o cerca, seja pelo aspecto subjetivo, considerado do lado da instância que o julga e aprecia.

Destaca, ainda, se a discricionariedade reside apenas na hipótese legal, se é reservada para a estatuição da norma jurídica, ou se pode haver coincidência. Engisch afirma que pode haver coincidência de discricionariedade. Por exemplo, quando se faculta (pode) uma medida

de segurança no caso de o agente ser perigoso para a coletividade. Nesse caso, há espaço de liberdade ao exame do conceito em parte descritivo e em parte normativo — perigosidade — e, ainda, a decisão sobre a própria medida de segurança.⁷⁰

A conclusão de Engisch é que é possível admitir a existência de discricionariedade na ordem jurídica, conformada pelo princípio do Estado de Direito, no sentido de que a convicção pessoal, “particularmente a valoração” é “elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’”. (ENGISCH, 2008, p. 227)

De tal modo, embora o objeto dessa pesquisa seja a discricionariedade no âmbito da atividade judiciária do Estado, seus fundamentos teóricos serão buscados em obras de administrativistas, nas quais se encontra a gênese da ideia de discricionariedade.

Ademais, o estudo da discricionariedade não se pode desvincular das dimensões da legalidade e da legitimidade. A persecução do interesse público implica que as competências públicas, em espaço de liberdade-limitada-motivada, devem vincular-se ao alcance da finalidade pública. Logo, “a discricionariedade não é um fenômeno confinado à ação do Estado enquanto administrador, mas se revela, também, enquanto legislador ou juiz; [...] um tema que transcende o Direito Administrativo e interessa a todo o Direito Público”. (MOREIRA NETO, 1998, p. 31)⁷¹

4.1 Breve histórico da ideia de discricionariedade

“A palavra *discricionariedade* tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema Lex*)”. (BINENBOJM, 2006, p. 193) Nessa época, do chamado Estado de Polícia,⁷² em que governo se confundia integralmente com Administração Pública, havia sinonímia

⁷⁰ O exemplo dado por Karl Engisch parece se aproximar muito do art. 273 do Código de Processo Civil, objeto de exame na presente dissertação, o qual prevê que o juiz “pode” deferir a medida antecipatória se presentes os requisitos legais, os quais demandam esse preenchimento valorativo, se há “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; se ocorre abuso de direito de defesa, etc.

⁷¹ No sentido do grande proveito de se estudar o conceito de discricionariedade em todas as áreas do direito público, especialmente porque não há lugar, no Estado de direito, para decisões fruto de poder arbitrário, e, por isso mesmo, interessarem algumas considerações genéricas sobre discricionariedade, Teresa Arruda Alvim, 1990.

⁷² Sobre o Estado de Polícia correspondente a monarquia absoluta, em que vigia um poder absoluto de administrar, em que a fonte de todo Direito é a pessoa subjetiva do rei, bem como a evolução da ideia de discricionariedade no Estado de Direito, conferir Di Pietro (2007).

entre discricionariedade e arbitrariedade. Com o advento da noção de Estado de Direito no século XIX é que surge a ideia de colocar freios às atividades dos órgãos estatais.⁷³

A evolução da ideia de discricionariedade acompanha os períodos de organização do Estado como Estado Liberal, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, todos objetivando a proteção de direitos individuais; como Estado Social, já em meados do Século XIX, ou Estado providência, passando-se a atribuir ao Estado a missão de buscar a igualdade e Estado Democrático de Direito, este abrangendo a participação popular e a justiça material. (DI PIETRO, 2007)

Esses modelos de Estado servem de paradigma para a atuação administrativa e, assim, seus fundamentos jurídicos repercutem na questão da discricionariedade, mas esta sempre se manteve presente. Nesse sentido, Di Pietro (2007) afirma que, no período liberal, a discricionariedade se apresenta como poder político; no período do Estado Social, como um poder limitado pela lei; como um poder jurídico, portanto. No Estado Democrático e no momento atual continua, segundo a autora, a se manifestar como poder jurídico, dependendo o grau de discricionariedade “da forma como a competência legislativa é atribuída ao legislador”, mas também limitada por “inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público”. (DI PIETRO, 2007, p. 65)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 42 *et seq.*) ressalta que a impressão de que o direito administrativo é um Direito concebido em favor do Poder e que arrola inúmeros poderes, como poder discricionário, poder normativo, poder regulamentar, acabou por abonar interpretações de diversos tópicos de direito administrativo sob um “viés autoritário”.

Ou seja: a própria maneira de apresentar o Direito Administrativo concorre para engendrar uma apreensão de seu conteúdo mais vinculada pela ideia de “poderes”, que comandam os administrados, ao invés de sublinhar os “deveres”, que se impõem aos administradores. (MELLO, 2007, p. 45)

Gustavo Binbenojm, em análise ímpar de “uma teoria do direito administrativo” sob a ótica dos “direitos fundamentais, democracia e constitucionalização” esclarece, na apresentação da obra, que pretendeu apresentar uma “crítica *estrutural* ao arcabouço teórico da disciplina que se ensinava no Brasil”. (BINENBOJM, 2006, p. 1) Para o autor, ao lado de

⁷³ A concepção de órgãos estatais aqui está sendo veiculada de forma genérica, como as unidades administrativas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado (MELLO, 2007, p. 136). Também em Celso Antônio encontra-se a assertiva de que o direito administrativo brasileiro busca suas bases no direito francês. Sobre a evolução da discricionariedade administrativa no direito francês no século XIX, conferir Di Pietro (2007, p. 87 *et seq.*).

sua visão do direito administrativo brasileiro como inconsistente e ineficiente, do ponto de vista político-jurídico, a teoria do direito administrativo sempre lhe pareceu *autoritária*:

Trata-se de uma teoria elaborada tendo em vista a preservação de uma *lógica da autoridade*, e não a construção de uma lógica cidadã. Assim se dá, por exemplo, com institutos como a *discricionariedade administrativa* (e sua subtração automática à apreciação dos órgãos de controle), o *poder de polícia* (e o seu desenvolvimento teórico sem qualquer referência ao regime constitucional dos direitos fundamentais) e o *serviço público* (construído a partir de critérios que tinham em vista o interesse do Estado, personificador da sociedade, e não os interesses constitucionalizados dos cidadãos). A todas essas categorias dava (ou pretendia dar) suporte teórico um conceito fluido e vago de *interesse público*, como pedra de toque de um regime jurídico diferenciado do direito privado, que se justificava pela referência imediata àquilo que o Estado definia como *móvel* da sociedade e dos indivíduos. (BINENBOJM, 2006, p. 2-3)

Esta perplexidade de Binjenbojm dá a tônica de seu trabalho, iniciando-se pela análise da crise dos paradigmas do direito administrativo. O primeiro aspecto, adverte, diz respeito ao equívoco de se associar a gênese do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária. Segundo Binjenbojm, o surgimento do direito administrativo e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras) representou uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime. (BINENBOJM, 2006, p. 11)

Salienta, ainda, que coube ao Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas. Não surgiram, pois, da “vontade heterônoma do legislador”. Daí se apresentar a seguinte contradição a respeito da origem do direito administrativo na construção jurisprudencial como derogatória do direito comum: “a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo”. (BINENBOJM, 2006, p. 11)

Significa dizer que se trata de um mito a ideia de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, posto que a função de legislar atribuída a um órgão da jurisdição administrativa na França — o Conselho de Estado⁷⁴ — subverte não só o princípio da legalidade, como o da separação de poderes, não se

⁷⁴ O autor se refere a Conselho de Estado francês, competente para o contencioso administrativo. Sobre a reação das sociedades democráticas, num ambiente de busca de controle jurisdicional da ação administrativa do Estado, de controle dos ramos políticos e com o fim de proteção dos cidadãos contra os abusos do próprio poder estatal, surge, na França, o Conselho de Estado, instituição administrativa, que assumiu um papel de verdadeira Corte de Justiça, embora se tratasse de uma Corte Especial e não integrante do sistema judiciário. Esse Conselho, ante suas competências para regulamentação dos conflitos entre cidadãos e Administração

podendo esperar nenhum cunho garantístico de direitos individuais “de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados”. (BINENBOJM, 2006, p. 12)

Nesse contexto, tem-se que as categorias básicas do direito administrativo, entre elas, a discricionariedade, “são tributárias deste *pecado original* consistente no estigma da *suspeita de parcialidade* de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio”. Prossegue Binenbojm com uma passagem irretorquível: “na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade”. (BINENBOJM, 2006, p. 15)

As críticas apontadas se aplicam ao Brasil, pois, segundo o próprio autor, o país, tributário do “figurino francês do direito administrativo” nele encontrou “material farto para se institucionalizar e legitimar”, além de, por aqui, “aguçar as contradições intrínsecas que o modelo jusadministrativista europeu continental trazia já desde sua gênese” (BINENBOJM, 2006, p. 17).

Nessa perspectiva, salienta a superação do paradigma da discricionariedade como espaço de livre decisão do administrador ante a emergência da noção de juridicidade administrativa como vinculação direta da Administração à Constituição a partir do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, impondo-se a este observância ao sistema de direitos fundamentais e ao sistema democrático e, sob esse aspecto, defende o papel dos juízes no resguardo do sistema de direitos fundamentais, acentuando o controle da atuação administrativa, “respeitado sempre o *espaço de conformação* que houver sido deixado pela diretriz normativa”. (BINENBOJM, 2006, p. 41)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007), a propósito da discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, chama a atenção para o aspecto socializador, que “designa a preocupação com o bem comum, o interesse público”, o que teve por consequência o fortalecimento do “Poder Executivo e, inevitavelmente, sérios golpes ao princípio da separação dos poderes”. Essa colocação se deve ao fato de, em virtude daquela busca de um Estado protecionista, ter-se passado a conferir uma atribuição normativa ao Executivo, cuja competência veio a ser exercida especialmente por Decretos. “O legislador, em inúmeros

Pública, acaba por resolver — quase judiciariamente — questões relativas a abusos de poder discricionário. O advento da função judiciária com finalidade de controlar os próprios legisladores (cortes constitucionais) é uma particularidade do século XX (CAPPELLETTI, 2008, p. 231).

casos, passou a adotar a técnica de editar fórmulas gerais, *Standards*, para serem completados pelo Executivo [...] Isto tudo sem falar na iniciativa das leis...” (DI PIETRO, 2007, p. 30-31).

Com o crescimento das atividades do Estado, sobreveio a burocracia, cujas organizações burocráticas governamentais detêm um conhecimento especializado e informações estratégicas, o que desequilibra as funções estatais.

De outro lado, tem-se o problema social de substituição do sujeito de direito autônomo pelo sujeito coletivo e, inserto nessa realidade, se encontram os futuros juízes em formação, os quais têm de se “adaptar à linguagem da autoridade instituída, impedindo o aluno de hoje e o intérprete de amanhã de refletir sobre a produção, função e condições sociais, econômicas, políticas e culturais de aplicação alternativa do direito positivo” (DI PIETRO, 2007, p. 39).

Nessa linha, verificadas as consequências negativas produzidas pelo positivismo formalista, bem como o insucesso do Estado Social, tece considerações sobre o direito administrativo no Estado Democrático, apontando a característica de participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais, de modo a diminuir as barreiras entre Estado e sociedade e poder falar-se em sociedade pluralista, “aquela em que os representantes dos vários setores, e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação”. (DI PIETRO, 2007, p. 53)

Refere-se a administrativista à ideia de consensualidade, de partilhamento com o particular da proteção do interesse público, de autonomia e responsabilidade dos dirigentes de órgãos públicos e entidades da Administração indireta. Assevera que, nos domínios do direito administrativo, no Brasil, tende-se a acolher a corrente segundo a qual os termos jurídicos indeterminados ou os conceitos jurídicos indeterminados podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceito de valor, afastada a possibilidade de discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos. (DI PIETRO, 2007, p. 131) A questão, ainda segundo esta autora, é identificar até quando se pode falar em simples interpretação e quando há mesmo discricionariedade, o que significa que a autora não acolhe a aproximação entre interpretar e exercer discricionariedade.

Com efeito, embora a concepção de discricionariedade desenvolvida no presente trabalho seja direcionada à função jurisdicional e não coincida com aquela do direito administrativo, definida por Di Pietro como a faculdade conferida por lei à Administração para “*apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*” (DI PIETRO, 2007, p. 67), sua obra abrange aspectos aqui também cogitados, como a referência à especialização de órgãos oficiais e da questão da linguagem como forma autoritária de manifestação do poder

estatal, de coletivização das identidades, e o Devido Processo como teoria apta a afastar essa forma de dominação legal e, portanto, viabilizadora da construção do Direito Democrático.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008) desenvolve o tema da discricionariedade e controle jurisdicional sob uma visão que, segundo ele, não ganhou trânsito corrente. A partir da concepção de atividade administrativa como dever de atingir a finalidade a ser cumprida, afirma que há um dever discricionário e não um poder discricionário, para adequar-se o instituto ao direito positivo.

Em relação aos conceitos fluidos, vagos, imprecisos, chamados indeterminados ou elásticos, a exemplo de “ordem pública”, ou quando a lei diz “pode” ao invés de “deve”, nestes casos haverá a discricionariedade, por caber um *juízo subjetivo do administrador*. (MELLO, 2008, p. 17)

Ao contrário da doutrina corrente, afirma Bandeira de Mello entender que essa abertura por meio de conceitos indeterminados ou de autorização legal implica, sim, uma esfera de discricionariedade, “relativa embora, na inteligência do conteúdo deles em face da *situação concreta*”. (MELLO, 2008, p. 18, grifos no original)

Assim, trata de causas normativas geradoras de discricionariedade. Pode esta decorrer da hipótese da norma, do comando da norma, ou seja, abertas alternativas de conduta para o agente público quanto à expedição ou não do ato, quanto à apreciação da oportunidade adequada para tanto e à forma jurídica de que se deverá revestir e por lhe ser atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias. E, em descompasso com a doutrina predominante, acrescenta a discricionariedade decorrente da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores que se exprimem por “vozes designativas de conceitos” e acaba por se reportar a conceitos plurissignificativos, como “segurança pública”, “moralidade pública”, entre outros, que comportam inteligências não necessariamente uniformes. (MELLO, 2008, p. 18-19)

A fluidez e a indeterminação residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. “Se a palavra fosse imprecisa — e não o conceito — bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se *quis comunicar*”. (MELLO, 2008, p. 201, 202) A discricionariedade vai se expressar no conteúdo (ou objeto) do ato — eleito o ato e o momento de sua prática, é na providência adotada que realmente se traduz a discricionariedade.

Sobre os conceitos indeterminados, parte Bandeira de Mello da ideia de que essa indeterminação somente se apresentaria em abstrato e, quando de sua confrontação com caso concreto, ganharia densidade suficiente para dissipar as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não

do conceito por eles recoberto. Entretanto, afirma que nem sempre isso ocorrerá, porque há graus e medidas variáveis de que se revestem conceitos dessa natureza.

Conclui que, diante da impossibilidade, em determinadas situações, de se verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida a partir da intelecção de conceitos indeterminados, é inaceitável a tese de que o “tema dos conceitos fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”. (MELLO, 2008, p. 23)

Daí entender pelo controle do Judiciário, se, dentro de determinada liberdade intelectual, o direito facultava determinada posição e se a Administração se manteve no campo significativo. Logo, não se trata de pura operação mental de interpretação, mas ato volitivo que traduz opção. Ainda que ato de intelecção e ato de volição sejam “realidades logicamente distintas — como, de veras, o são — não implica que necessariamente tenham, *em face do Direito*, ressonâncias diversas”. (MELLO, 2008, p. 25)

Em relação ao Judiciário, destaca que tanto interpreta a lei nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se não houve desvio de poder, quanto à conveniência e oportunidade do ato. Em ambos os casos, há intelecção da lei e interpretação, conformando-a ao caso concreto. Entretanto, salienta que seria incorreto falar em discricção do magistrado, em razão de que a função judiciária se limita a verificar o que a lei determina para o caso como a decisão acertada. Na sentença se decide se o que a Administração resolveu está certo ou errado perante o Direito. Não há escolha, pelo magistrado, por conveniência ou oportunidade. Não obstante, admite que o juiz, inúmeras vezes, terá de avaliar qual intelecção, “a seu critério, responde mais satisfatoriamente à finalidade abrigada na lei ou no sistema jurídico encarado como um todo”. (MELLO, 2008, p. 26-27)

Do que expôs e considerando que os conceitos vagos ou fluidos contêm “certa densidade mínima” não importando a concepção particular, pessoalíssima da autoridade, que não pode ter o condão de se sobrepor ao sentido que lhe é razoavelmente reconhecido em “dado seio social”, entende Bandeira de Mello, a final que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2008, p. 48)

4.2 A discricionariedade judicial na visão de processualistas nacionais

Teresa Wambier (2001)⁷⁵ tenta responder a sua própria indagação sobre qual o limite da criatividade do juiz. Com base em Mauro Cappelletti (1999) fixa que juiz não cria lei, porque sua função é diversa da do legislativo. Mas cria o direito para o caso dentro de um sistema de direito positivo e codificado, em que há um perímetro ou contorno de determinações legais. O magistrado vincula-se à lei, mas ele a manipula de forma criativa.⁷⁶

Arrisca a dizer que, quanto mais vago é o conceito em que se baseou certa decisão judicial mais difícil será o seu controle, especialmente quando se tratar de recurso “de direito estrito, como recurso especial, extraordinário, ação rescisória...”. (WAMBIER, 2001, p. 147) E que o grau de indeterminação de um conceito vai diminuindo com o amadurecimento do conceito ao longo do tempo.

Entende que “interpretar um conceito vago não implica exercício de poder discricionário” (WAMBIER, 2001, p. 351). A se entender assim, está-se a admitir posicionamento no sentido de irrecorribilidade de decisões liminares (art. 273, I e II), como entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 21.206-3, em 1991, pelo Ministro Marco Aurélio.⁷⁷ Sob esse raciocínio, conclui:

N. 54 – Hoje se entende que o juiz “cria” o direito. Pensam que o juiz “cria” direito no sentido de poder engendrar soluções para casos que não sejam rotineiros, que não estejam “prontas” no sistema (para que a situação fática se encaixe automaticamente nelas). Mas essas soluções, sob pena de se deixar definitivamente de lado o valor *segurança*, devem ser “criadas” a partir de elementos constantes no sistema jurídico, somados, combinados, engendrados, etc. e não com base em elementos que o sistema não tenha encampado (“juridicizado”). [...] 121- A interpretação de conceito

⁷⁵ Anteriormente, Teresa desenvolveu a ideia sobre haver subjetividade do aplicador em espaço em branco, mas que o preenchimento de tal espaço deve ser sempre objetivamente justificado. Isso porque, para Teresa, a ideia de se exigir do julgador mais que mera subsunção “longe se está de se querer dizer que o Juiz decide ‘livremente’, pondo-se a perder todos os esforços feitos, através dos tempos, pelos pensadores jurídicos, esforços estes refletidos nas legislações, no sentido de racionalizarem-se as decisões para melhor controle” (ALVIM, 1990).

⁷⁶ No sentido de que o juiz manipula a lei de forma criativa (HASSEMER, 1985, p. 191), a cujas ideias se reportará mais à frente.

⁷⁷ Bandeira de Mello, a propósito de mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar, afirma ser um despropósito imaginar-se que o magistrado teria liberdade para decidir se defere ou não medida liminar, subjetivamente. O que o juiz faz, ao decidir sobre um pedido de liminar, é o mesmo que o faz quando da prolação da sentença: “é firmar que, contrastada a norma com os fatos que lhe estão submetidos, o **direito impõe** tal solução...” Prosseguindo na análise e sob a perspectiva da discricionariedade, lembra que, ainda que a apreciação de pedido de liminar pudesse resultar em liberdade correspondente à do administrador público, a decisão judicial seria controlável. De outro lado, ainda segundo o autor, seria um absurdo imaginar que, nos casos de vinculação à norma, a lei almeja uma “solução ótima (aquela predeterminada inteiramente com antecipação) ao passo que, nos casos de discricção, conforma-se com qualquer solução abstratamente possível, mesmo que incompatível com o interesse que a lei veio tutelar. A outorga da discricção significa o oposto disso.” Vai dizer o autor que é precisamente por a regra não poder prever, de antemão, qual a providência ideal é que deixa essa análise para ser feita *in concreto* para, então, se fazer a concreção pela situação mais adequada (MELLO, 1989, p. 56).

vago ou indeterminado pelo juiz não se confunde com o que, em direito, se convencionou chamar de poder discricionário. (WAMBIER, 2001, p. 393, 394, 404)

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o processo como “instrumento de mutações na ordem constitucional e legal” (1993), entende que o juiz, por estar inserto nas “estruturas estatais do exercício do poder”, é

legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais. [...] Imbuído de valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado... (DINAMARCO, 1993, p. 41)

José Roberto dos Santos Bedaque (2009), a propósito de termos abertos, vagos ou indeterminados, como “prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio de dano...”, ou seja, expressões com contornos semânticos flexíveis, diz que “confere ao juiz maior poder na concretização da regra” (BEDAQUE, 2009, p. 385). Admite caber ao intérprete, sempre que ocorrer o fenômeno a que se refere, adequar a letra da lei à realidade, mas afirma não se tratar de poder discricionário, no sentido empregado no direito administrativo (conveniência e oportunidade).

Em outra obra, Bedaque (2007, p. 107-108) afirma a necessidade de dotar o juiz de poderes mais flexíveis⁷⁸ na direção e na condução do processo “possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual”. Justifica a tendência de reforço dos poderes do juiz no interesse público. Novamente, Bedaque defende as formas abertas como a possibilidade de o juiz adaptá-las às necessidades do caso concreto, no entanto, isso não significa discricionariedade, mas “implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador”. (BEDAQUE, 2007, p. 109)

Luiz Fux (1996), a respeito da tutela antecipada, consigna seu pensamento sobre se tratar de regra de caráter discricionário, porque a lei utiliza a dicção “poderá”, no sentido de que “o juiz dispõe desse poder avaliatório da situação de segurança e da situação de evidência”. Prossegue em crítica à restrição da concessão da medida para casos em que há

⁷⁸ A flexibilização da técnica no direito italiano é tratada por Calamandrei. A respeito do novo código de processo civil italiano, de 1940, afirma que é fiel ao sistema da legalidade, mas se refere ao “princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa” ou à “elasticidade processual”. Entende que não há o perigo de que o juiz se converta em árbitro absoluto do procedimento, mas que se trata apenas da combinação de “peças desmontáveis” do modo mais conforme aos fins da Justiça. Que não se trata de poder discricional do juiz, mas de combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas (CALAMANDREI, 2003, p. 312-315).

risco de irreversibilidade para afirmar que “obedecendo à mesma margem de discricionariedade que inseriu para a concessão...”, ou seja, explicitamente, para Fux, há discricionariedade. Mas acentua que, “não obstante textual a discricionariedade do magistrado”, desde que preenchidos os pressupostos, é “direito da parte” a obtenção da tutela antecipada. Por fim, afirma que persevera no entendimento de que, nos casos de tutela de segurança, “é amplíssima a margem de arbítrio do juiz na escolha do provimento ‘sob medida’, considerando o provimento adequado como implícito no pedido de tutela antecipatória”. (FUX, 1996, p. 337-343)

A seu turno, Eros Roberto Grau (2005, p. 52 e 53) nega, peremptoriamente, a discricionariedade judicial, porque o juiz não produz normas livremente.

Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial — mas não exclusivamente — pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao “texto” do direito pressuposto). Ademais, os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo. (GRAU, 2005, p. 52)

Nessa linha de entendimento, Grau acentua que se se romper essa retenção do “intérprete autêntico” ao texto do direito, isso resultará na sua subversão. A este só é atribuído formular “exclusivamente, juízos de legalidade”. O dever-poder do juiz se contém nos lindes da legalidade e da constitucionalidade. Insiste no tema para afirmar que o que se tem denominado de discricionariedade judicial é o poder de criação de norma jurídica. Mas esta se dá somente em juízos de legalidade, não de oportunidade ou conveniência, p. “o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos”. (GRAU, 2005, p. 53) Assim, a discricionariedade se converte numa técnica de legalidade.

Observa-se, dos autores mencionados, que não há unanimidade entre aceitar ou não a discricionariedade judicial. Contudo, também se verifica que a divergência parece residir no que respeita à ideia de discricionariedade sinônima à do direito administrativo — e nesse ponto, se não há unanimidade, a maioria dos autores estudados entende que não é possível no âmbito judiciário — bem como quanto à atividade de interpretar e concretizar normas em espaços abertos, porque todos os autores admitem que há esse espaço de atuação do juiz na interpretação e aplicação do direito, mas que isso não configura, necessariamente, discricionariedade.

Eduardo Talamini, especificamente em relação à recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência, realiza seu estudo a partir de uma premissa importante:

Por um lado, a existência de instrumentos de controle diminui a força do principal argumento de objeção às tutelas urgentes: o risco de arbitrariedades. E não se trata de mero argumento retórico, mas imposição do devido processo; a imprescindível ampliação dos “poderes” (*rectius*: funções, como se vê adiante) do juiz implica a proporcional intensificação dos poderes de controle e participação das partes. Por outro lado, é a via recursal que permite o combate à indevida denegação da tutela urgente. (TALAMINI, 2001, p. 267)

As elucubrações de Talamini se ligam à visão de irrecorribilidade de decisões sobre tutela de urgência, para afastá-la. Nesse ponto, não há dúvida de que não se acolhe a perspectiva de discricionariedade, mas a indagação ainda persiste quanto ao preenchimento de conceitos, como os dos arts. 273 e 461, do Código de Processo Civil, bem como em relação às consequências/medidas a serem adotadas, a exemplo do art. 461, § 5º, do mesmo Código, não para admitir discricionariedade e impossibilidade de controle. Ao contrário, para observar que, sem a efetiva participação dos interessados em todo o transcurso do procedimento normativo, a maior liberdade de investigação do juiz revela discricionariedade e compromete o direito de controle, corolário da ampla defesa e do contraditório.

Eis o alvo da reflexão: qual a compreensão de discricionariedade judicial de que se está a cuidar - e é a que envolve a necessidade de concretização de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados - e se a percepção que predomina, de que o Estado-Juiz realiza a interpretação e concretiza a norma para o caso, com prudência, como intérprete autêntico, qualificado, se compatibiliza com a construção do Direito Democrático.

Certamente a ideia de discricionariedade como escolha da decisão mais conveniente ou oportuna pelo Estado-Juiz e, portanto, não sujeita à impugnação pela via recursal (insindicabilidade) traduz mesmo incompatibilidade com os princípios da ampla defesa e do contraditório e tem sido objeto de revisão também por autores administrativistas, como supraexpedido.

Entrementes, a incompatibilidade com os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação, se verifica, da mesma forma, quando se admite a possibilidade de o Estado-Juiz flexibilizar a técnica para adaptá-la ao caso concreto, bem assim realizar a concretização de conceitos como “verossimilhança”, “abuso de direito”, “propósito protelatório”, “repercussão geral”, “medidas adequadas”, “valor excessivo”, sempre à consideração da situação concreta, mas de forma não necessariamente conectada aos argumentos das partes.

Logo, o espaço para interpretação existe e a necessidade de concretização de normas também é uma realidade, tanto no que diz com normas processuais (técnica), como com as normas de direito incidentes no caso concreto. A questão reside em saber como se realiza essa atividade-dever do Estado. Com efeito, a denominação para essa ocorrência, seja discricionariedade judicial, seja espaço de livre apreciação motivada, ou, sugere-se, espaço de atuação da função jurisdicional do Estado, não é o que se coloca em xeque, mas sim o exercício mesmo do dever de concretizar a norma.

Ainda que autores assegurem não se tratar de discricionariedade situações de abertura para flexibilização da técnica, ante a atenção ao respectivo controle — e em momento algum se cogita de afastamento desse direito, antes se reafirma o objetivo desse estudo na busca de uma visão que assegure a possibilidade do efetivo controle, o que pressupõe a busca de racionalidade na fundamentação — certo é que a abertura possibilita o exercício discricionário (prudente, cauteloso, previdente, sensato) da atividade de aplicar a norma, especialmente diante de outras normas do ordenamento processual como, por exemplo, o livre convencimento motivado. Portanto, é ponto crucial averiguar as bases de fundamentação da decisão.

Se Estado-Juiz, na concretização de cláusula aberta ou de conceito indeterminado, não justifica sob quais fundamentos de direito e de fato o respectivo alcance está sendo fixado, se entre os fundamentos de direito não se incluem os debatidos pelos sujeitos do processo para acolhê-los ou afastá-los e se a valorização e a valoração das provas também não foi objeto de construção participada, não se pode afirmar que o provimento revela construção ou reconstrução do direito para o caso de forma democrática, porque, nessa circunstância, a decisão terá ficado sob a responsabilidade do Estado-Juiz, de forma unilateral, não dialógica; de forma autoritária, não compartilhada. Malgrado não se cogite, nessa suposição, de não cabimento de recurso, este poderá restar prejudicado, porque não encontrará base objetiva para estabelecer o diálogo.⁷⁹

Portanto, a leitura da ideia de flexibilização do procedimento tal como apresentada por processualistas brasileiros indicados oportunamente parece abonar a possibilidade de haver discricção, embora inadmitida por muitos.⁸⁰ A discricção não se verificará, entretanto, ou ficará

⁷⁹ A ideia de objetividade a viabilizar o diálogo é vista como uma base normativa, no sentido de valores morais já ingressados no domínio da normatização, cujo discurso de justificação na instituição da norma confere certo grau de compreensão a respeito, o que permite que o debate escape, parcialmente, de considerações de índole meramente subjetiva, no campo de visão individual de quem decide ou manifesta interesse na decisão.

⁸⁰ No sentido de que não há atitude interpretativa na discricionariedade, mas somente espaços para escolhas não qualificadas no mundo jurídico e, portanto, não há discricionariedade judicial, mas apenas interpretação como fonte concretizadora da legalidade: (GÓES, 2008, p. 87-93). Compreensão de que não há poder

bastante mitigada, se se condicionar a adaptação da técnica ao caso à impostergável observância dos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, à fundamentação, num sentido forte, ou seja, repise-se, como real possibilidade de influenciar a decisão.

Pretende-se, assim, avançar no pensamento sobre interpretação e aplicação de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados e apresentar uma visão democrática para afastar a possibilidade de qualquer deliberação, no Processo, sem oitiva e apreciação dos argumentos das partes.

4.3 O encaminhamento da discricionariedade judicial: Subsunção e concreção

A busca da efetividade do ordenamento jurídico, que integra o papel das cláusulas abertas como propiciadoras de uma integração, evidencia sua relação direta com o papel representado pelos juízes. (MENKE, 2004, p. 11)

Não se pretende afirmar um retorno à casuística e à subsunção, ao silogismo, mas apenas encaminhar uma reflexão sobre como se pode obter um provimento judicial legítimo⁸¹ diante de uma legislação aberta e que exige concreção da norma para o caso. Em outros termos, busca-se uma abordagem sobre a condição de possibilidade de se entender pela abertura da interpretação, frente a cláusulas abertas ou a conceitos jurídicos indeterminados, em favor do Estado-Juiz, cujo “preenchimento valorativo” possa ser feito por esse órgão incumbido da função jurisdicional do Estado a partir de uma pré-compreensão de vida sua, como forma de materializar direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República de 1988, ao arripio do efetivo debate.

Esse ponto é decisivo ao exame da consequência da existência de cláusulas abertas no ordenamento jurídico-processual, posto que, se a concreção de uma cláusula dessa natureza acaba por incrementar o papel do juiz, a questão é o controle dessa atividade e a adequação dessa função ao paradigma de Estado de Direito Democrático.

Aceitar simplesmente que as cláusulas abertas confirmam um “mandato” ao magistrado, sem perquirir em que bases ele irá concretizar a norma, implica no sério risco de manter a

discricionário na atividade jurisdicional, embora disponha o juiz de poderes de direção e instrução do processo e de certa margem de liberdade na interpretação das normas e avaliação dos fatos (LOPES, 2008, p. 94-98). Pela inexistência de atos judiciais discricionários, ante o dever do magistrado de decidir de acordo com o sistema jurídico (GUIMARÃES, 2008, p. 99-106). Entendimento de que interpretação de conceito jurídico indeterminado não se confunde com discricionariedade, dado haver uma única solução cabível no caso concreto (CRAMER, 2008, p. 107-114)

⁸¹ O provimento judicial legítimo é aquele em que há obediência ao direito e à participação, como será delineado no tópico 6.1.

perspectiva de um juiz que decide conforme sua consciência e não por meio do debate orientado pelo Devido Processo.

Em análise da obra do professor Dierle Nunes (2009), esclareceu-se, a propósito da ideia de comparticipação e de policentrismo, de afastamento total do privilégio cognitivo do julgador, que

deságua em postura ativista criativa incontrolável, com a implantação de um espaço discursivo comparticipativo de formação de decisões, onde todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução, do Ministério Público e serventuários) assumem uma co-responsabilidade social e política com fins a estruturar um procedimento que atenda às exigências de legitimidade e eficiência. (DUTRA; NOGUEIRA, 2010, p. 33-58)

Admoestou-se também que Dierle Nunes não propõe o total esvaziamento do papel da magistratura, como se quisesse retornar às concepções de liberalismo processual, mas aponta diretrizes para a sua redefinição, de modo que o juiz continue a ser um garantidor dos direitos fundamentais, mas, inclusive e principalmente, daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação das decisões.

Transferir aos tribunais uma função, ou parte de função que cabe à função Legislativa do Estado pode significar apenas o deslocamento do foco do problema do autoritarismo. Nesse intento, Mauro Cappelletti (1999, p. 31-69) afirma que a grande transformação geradora da centralização da função jurisdicional na pessoa do representante do órgão judicial ocorreu em reação aos abusos e perversões dos regimes ditatoriais que conduziram à Segunda Guerra Mundial.

O alargamento das funções estatais impôs uma produção legislativa indicativa de finalidades ou de princípios, de leis não casuísticas, mas vagas, provocando o surgimento de “espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias”. Nessa perspectiva, observa-se que Cappelletti admite discricionariedade judicial. Ele afirma que o que diferencia a criação do direito pelo legislativo e pelo judiciário é o “*procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 74)

Entretanto, põe em evidência algumas enfermidades da criação judiciária do direito, entre as quais destaca — e é a de maior importância para o tema sob enfoque — a de seu caráter antidemocrático. Realça, no entanto, e como ficará melhor elucidado no próximo tópico, que o direito jurisprudencial em relação à democracia, sob o ponto de vista da dialogicidade e do correspondente consentimento, não se apresenta como um requisito desprezível da democraticidade substancial (CAPPELLETTI, 1999, p. 92-107). É que o autor

coloca a participação das partes, em contraditório, “que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas” como critério que caracteriza o processo jurisdicional como até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. (CAPPELLETTI, 1999, p. 100)

Realmente, o Devido Processo pode e deve ser esse espaço de conversação entre pessoas, de respeito de opiniões divergentes, enfim, democrático. A busca dessa teorização é o que move essa pesquisa, porque, de regra, os autores que tratam das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados, como visto, não chegam a enfrentar o aspecto da participação dos interessados em sua concretização, embora revelem a preocupação com o princípio da legalidade.

A indagação sobre o papel a ser desempenhado pelo juiz em caso de lacunas no direito positivo já era profunda, ainda no século XIX, na Alemanha, como salienta Fabiano Menke, retornando sua atenção a movimentos que antecederam ao momento histórico de afirmação das cláusulas gerais que impõem a necessidade de integração (MENKE, 2004), e também em relação ao movimento do Direito Livre, que propunha que o juiz criasse sua própria solução, na ausência de texto legal do qual pudesse extraí-la, hipótese em que se admitia que o magistrado legislasse no caso concreto.

A partir desses movimentos, ter-se-ia criado na Alemanha o ambiente propício para o surgimento e a utilização das cláusulas gerais. Nada obstante, ressalta, por outro lado, que nunca foi pacífica na Alemanha a questão da extensão da aplicabilidade das cláusulas gerais. Segundo Menke, em 1933, exatamente no ano de ascensão ao poder do partido nacional-socialista, Justus Hedemann, em sua obra intitulada **A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o direito e para o Estado**, alertava para as potenciais ameaças de tal técnica legislativa (MENKE, 2004, p. 12).

Todavia, cláusulas abertas continuaram e continuam a permitir a “entrada de novos valores nos sistemas legislativos”. Vê-se, pois, que a questão das cláusulas abertas envolve a seara da interpretação e da fundamentação. Logo, também da efetiva participação (contraditório).

Lenio Luiz Streck (2009, p. 26-27) desenvolve estudos sobre a hermenêutica como uma questão paradigmática. O autor cuida das possibilidades de superação do positivismo pelo “(neo)constitucionalismo” e explicita a necessidade de vencer o esquema filosófico do sujeito-objeto, porque, segundo ele, no contexto da primazia do sujeito solipsista “não é difícil perceber que ‘filosofia da consciência’ (paradigma representacional) e ‘discricionariedade judicial’ que leva à ‘arbitrariedade’ representam faces da mesma moeda”. Ainda segundo

Streck, o “drama” da discricionariade por ele criticada é que “transforma os juízes em legisladores.” E mais do que transformar os juízes em legisladores, o ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica problemática que remete a questão do solipsismo próprio da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau.” As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo. As ‘coisas’ ficam à *dis*-posição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário).” (STRECK, 2009, p. 31)

A grande questão que se apresenta, portanto, é — e aqui acolhemos a angústia de Lenio Streck —, como evitar discricionariade interpretativa do Órgão Judiciário do Estado diante das cláusulas abertas. O autor vai dizer que é necessário um confronto paradigmático, daí a relevância de uma leitura hermenêutica, dentro de uma perspectiva de ligação entre alterações do papel do Estado e do papel do direito. Nesse sentido, entende que deve haver um retorno à discussão “direito-democracia” para que se resolva a equação que apresenta:

se no Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que diminui a liberdade de conformação legislativa, ocorre um crescimento do espaço de atuação da justiça constitucional — em razão do papel destinado às constituições nessa quadra da história e à institucionalização da moral no direito como demonstração do fracasso do positivismo e do modelo de regras — *parece inexorável a necessidade de colocar efetivos controles no produto final da interpretação do direito*: a aplicação do direito pelos juízes e tribunais. (STRECK, 2009a, p. 338-9)

O Projeto do Novo Código de Processo Civil continua a acolher uma linha teórica socializadora, ou seja, de centralidade na figura do Estado-Juiz, em afronta ao Estado Democrático de Direito. Não menos real — e como forma de viabilizar essa socialização do direito — é a técnica de legislar por meio de cláusulas abertas. Precisa-se, então, buscar uma “condição de possibilidade” de produção de uma decisão constitucionalmente adequada ao caso concreto. É o que se tentará propor, ao final.

4.4 Os argumentos a favor da legitimidade do papel criador dos juízes em Mauro Cappelletti

Mauro Cappelletti afirma que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e o conseqüente advento dos direitos sociais demandou intervenção ativa do Estado, o que implicou o surgimento do legislador-gigante, com a ampliação da intervenção legislativa, e o administrador-gigante, dada sua posição proativa na execução das leis. Essa situação dá ensejo ao surgimento de um terceiro gigante, “capaz de controlar o legislador mastodonte e

leviatanesco administrador, impondo-se a expansão do âmbito do direito judiciário e, de conseguinte, o aumento da criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, 1999, p. 46).

Entretanto, o mesmo Mauro Cappelletti chama a atenção para algumas enfermidades da criação judiciária do direito, entre as quais destaca — e é a de maior importância para o tema sob enfoque — a de seu caráter antidemocrático, embora trace o autor alguns argumentos favoráveis a essa prática. Especialmente em relação à questão da representatividade, defende que a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática.

O autor faz um contraponto entre a função legislativa e a judiciária do ponto de vista do “sentimento de participação”. Pode haver desvio desse sentimento tanto pelos legisladores quanto pelo aparelho administrativo, enquanto é característica substancial da jurisdição o

desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. (CAPPELLETTI, 1999, p. 100)

Aquele agigantamento das funções executiva e legislativa, em um primeiro momento, parece, segundo o autor, querer significar que há pouco espaço para a criação jurisprudencial do Direito. Mas, ao contrário, o papel criativo dos juízes cresce paralelamente àquele ativismo legislativo e administrativo, exatamente em razão dessa realidade. É que a intervenção daquelas funções do Estado se dá no âmbito de um Estado promocional. E, de consequência, o “estilo” dessa legislação se altera para perfazer uma legislação também promocional: “preceitos amiúde redigidos em termos assaz gerais, que desenham planos, inevitavelmente, mais ou menos vagos de desenvolvimento e transformações, para serem gradualmente promovidos no futuro.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 9)

Essa situação de programa a ser implementado mediante intervenção do Estado e que pode se prostrar no tempo, ou seja, um normativismo que se limita a traçar linhas gerais, deixa, inevitavelmente, “aos juízes, que são chamados a aplicá-los, um âmbito de discricionariedade e, portanto, um papel criativo na determinação e concretização desse mesmo futuro.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 9) Eis uma primeira razão do paralelo crescimento da atividade judiciária criativa indicada pelo autor.⁸²

⁸² Luís Roberto Barroso defende que um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário e evidencia essa situação algum grau de ativismo judicial, no que é preciso cuidar para não permitir o comprometimento da legitimidade democrática dessa atuação. É impossível realizar pretensão de absoluta autonomia do direito em relação à política. Daí o papel de valores

Uma segunda razão é, num mundo que Cappelletti denomina de Democracia Social, a necessidade de controle. A esses poderes acumulados ao longo dos anos — o Legislador leviatã e a Burocracia-Mastodonte — precisa haver um contrapeso. E esse freio tem de ser exercido pelo Judiciário. O controle do Judiciário vai, então, se espraiando sobre a atividade administrativa bem como sobre as leis.

Embora se tenha o Judiciário, pela natureza mesma de suas funções, como o menos temível para a Constituição, porque tem menos meios de atacá-la, admite Cappelletti que pode também esse órgão se revelar “autoritário, inacessível, irresponsável”. Além disso, outros problemas se apresentam, como a lentidão e o fato de os juízes serem mal equipados em face de situações que requerem um conhecimento altamente especializado, o que dificulta o controle sobre os outros órgãos.

Outro ponto — e que nos interessa sobremaneira — é se essa expansão da função criativa seria compatível “com os princípios fundamentais do ideal democrático”, considerado o fato de não se tratarem, os magistrados, de membros eleitos.

A terceira razão diz com o desenvolvimento dos direitos humanos. Com o advento das declarações dos Direitos do Homem, cuja finalidade é de evitar trágicas experiências como as que ocorreram no século XX, vieram termos vagos; preceitos relativos a valores dinâmicos de contornos imprecisos, como “dignidade da pessoa, liberdade de pensamento, igualdade de tratamento, direito de defesa...” cuja característica permite uma “flexibilização necessária, numa Constituição que pretende adaptar-se às exigências de uma sociedade em transformação”. Por outro lado, “termos imprecisos não podem ser interpretados sem ficarem impregnados de valores que o próprio intérprete ‘vê’ na evolução da sociedade”. (CAPPELLETTI, 2008, p. 13)

Cappelletti aponta, pois, três explicações para o crescimento da criatividade judiciária, às quais acrescenta a questão, ainda, da interpretação, no sentido de que está superada a fé no caráter meramente mecânico na aplicação da regra jurídica, sendo certo que há espaço para criação judicial e, por mínimo que seja, um espaço de discricionariedade, de liberdade.

Registra a questão da ambiguidade da linguagem humana, bem como que deve prevalecer uma visão do Direito “como um complexo de normas vivas e não como normas e palavras isoladas, imutáveis, destacadas do sistema e da sua vida.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 14)

peçoais e da ideologia do intérprete nas decisões. “A razão pública e a vontade popular — o direito e a política, se possível com maiúscula — são os dois pólos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia” (BARROSO, 2011).

Defende que os juízes, necessariamente, são partícipes da criação do Direito, o que não significa, contudo, que sejam legisladores. Essa distinção é feita com base na forma, no procedimento. O procedimento jurisdicional tem características peculiares. E a propósito desse ponto, destaca a “conexão com os casos e problemas concretos e com as partes que os personificam; e, pois, no caráter participativo da função jurisdicional.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 19)

Sobre a objeção mais grave que é feita à criação judicial do Direito, de que seria antimajoritária e antidemocrática, revela a importância da questão, de se investigar se “a criação do direito por obra de uma categoria ou *elite* não está em conflito com as noções de legitimidade democrática, que nos são caras, e que reputamos inderrogáveis.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 20)

De forma geral, responde a essa objeção tomando em consideração as peculiaridades da função judiciária: de solução de caso concreto com (relativa) independência. E o risco de interferências nesta independência pode ser contrastado por outra característica, a do contraditório, pelo “próprio caráter essencialmente participativo do processo judiciário”. Prossegue afirmando que, na produção jurisprudencial do Direito, o elemento fundamental da ideia democrática, de participação dos cidadãos nos governos dos países, se apresenta na forma de sua máxima potencialidade: “a potencialidade democrática da função jurisdicional.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 23-5)

Nessa linha de raciocínio, Mauro Cappelletti, no bojo do texto em que cuida da necessidade e da legitimidade da justiça constitucional, defende argumentos em favor da legitimidade do papel criador dos juízes. (CAPPELLETTI, 2008, p. 221-288)

Salienta, de início, o nascimento e expansão das Cortes Constitucionais após a Segunda Grande Guerra mundial, como os “sistemas constitucionais alemão (a partir de 1949), italiano (a contar de 1948, sobretudo depois de 1956) e austríaco (após 1945);” entre outros. Reporta-se à recusa de se outorgar aos juízes todo o poder de controlar as leis, como em França, particularmente.

Após cuidar do tema, de forma comparada, afirma que examinará o problema da legitimidade da Justiça constitucional nos sistemas de democracia ocidental. Diz entender necessário esse fenômeno da justiça constitucional, “se confiamos vê-lo garantir um equilíbrio dos poderes estatais e uma salvaguarda das liberdades públicas fundamentais.” (CAPPELLETTI, 2008, p. 225)

São quatro os argumentos que Cappelletti (2008, p. 242-253) expõe a favor da legitimidade do papel criador dos juízes:

- a) o primeiro deles é o de que não há um modelo perfeito da democracia representativa. Não obstante, reconhece que existem limites verdadeiros ao caráter majoritário e democrático do processo legislativo e do executivo, o que justificaria um esforço para preservar tanto a legitimidade quanto a representatividade democrática como possibilidade;
- b) o segundo argumento, complementar ao primeiro, é que a própria “Justiça” não é inteiramente desprovida de representatividade, argumento que, reconhece, é frágil nos sistemas de direito romano-germânico, no qual os juízes não são designados politicamente ou não são eleitos. Contudo, essa fragilidade se atenua em relação às Cortes Constitucionais, nas quais os juízes, na maioria, são designados. Nesse ponto, o que confere força a seu argumento é que os Tribunais Superiores devem fundamentar suas decisões e submetê-las, portanto, à acessibilidade ao público;
- c) o terceiro argumento é no sentido de que os Tribunais “podem engrandecer a *representatividade* global do sistema — e, por conseguinte, sua própria “*democraticité*”, ao protegerem grupos marginalizados;
- d) o quarto argumento é no sentido de que a criação judicial que decorre da interpretação e complementação do direito *in concreto*, embora realizada por juízes que podem estar desligados das realidades sociais, entremostrando-se uma *legislação judiciária*, possui, ao menos, o potencial para ser mais democrática, desde que cumpridas certas condições, entre as quais a de haver um sistema de seleção de juízes aberto a todas as camadas da população, observado o nível de formação dos candidatos, e que todas as pessoas interessadas tenham as mesmas facilidades de acesso aos tribunais.

Ainda no corpo do quarto argumento, salienta Cappelletti, quanto à melhor segurança da legitimidade democrática da função judiciária, a da observância à forma de tomada de decisão. É que há emanção de órgão (relativamente) independente e imparcial (desinteressado); pedido do interessado e julgamento “*habilitado pelo Direito*, preferencialmente aos vagos valores como a *equidade*.” (princípio da legalidade) (CAPPELLETTI, 2008, p. 249)

O quinto e último argumento apoia o anterior para reafirmar que “é somente nos sistemas governamentais democráticos que os direitos do homem têm uma chance de serem respeitados”. A democracia só sobrevive se os direitos e as liberdades cívicas forem eficazmente protegidos, o que não convive com a concentração de poder. Deve haver um

equilíbrio de poderes. Acresce, ainda, a esses argumentos o de que “*democracia significa participação*; e democracia significa tolerância e liberdade.”

Ao fim do capítulo que cuida da discricionariedade judicial, pode-se afirmar que há uma linha diretiva no sentido de necessidade de resguardo da possibilidade de controle das decisões judiciais, o que se revela mesmo essencial à “garantia das garantias processuais”.

Mauro Cappelletti, em seus argumentos a favor da atividade criadora da função judiciária, não desconsidera a necessária obediência ao princípio da legalidade, à imparcialidade e à necessidade de proteção eficaz dos direitos e liberdades civis, o que se compatibiliza com a orientação constitucional.

Entretanto, ainda é de se atentar para os riscos do fortalecimento da atividade judiciária, que deve ser lido na perspectiva das razões que subjazem à ascensão institucional dessa função estatal. Com Ingeborg Maus (2010, p. 27-28) tem-se que não se trata de buscar um controle dos aparelhos estatais por um aparelho estatal ainda mais superior, mas sim, de buscar esse controle “de baixo”, pela base social.

É que “a inclusão da moral no direito imuniza a jurisdição contra a crítica a qual ela deveria ser tornada acessível. Ela tem sempre ao seu lado um conceito de direito ampliado por suas próprias ponderações morais”. Assim, Ingeborg Maus constrói a seguinte observação:

Se a própria justiça eleva-se, desse modo, à condição de instância moral superior da sociedade, ela é subtraída aos mecanismos sociais de controle aos quais — no campo ideal — todos os aparelhos estatais de uma forma de organização política democrática deveriam se submeter. Na dominância de uma justiça que exerce um Direito “superior” moralmente enriquecido em relação a outros poderes estatais que se ocupam unicamente com o Direito ordinário — e em relação ao resto da sociedade — é notória a regressão ao modelo social pré-democrático de integração (MAUS, 2010, p. 18-19).

É que acompanha a ascensão do Judiciário uma teoria metodológica orientada pelo teleológico, por objetivos, consequências e pelos valores, cuja escolha metodológica, pelo juiz, entre as concepções concorrentes, faz “praticamente desaparecer a programação legal da justiça”. (MAUS, 2010, p. 28)⁸³

A única forma de não perverter as concepções morais da base social é não delegá-las à “administração contenciosa da moral”. (MAUS, 2010, p. 40)

Fazendo análise da literatura jurídico-científica dos tempos do Nazismo, Ingeborg Maus traz considerações que serão aqui reproduzidas para fechar esse capítulo e manter a

⁸³ Maus está a se referir a teorias metodológicas de Karl Larenz ou Josef Esser. (Nota de rodapé n. 37)

indagação sobre a compatibilização do ideal de liberdade de apreciação de normas abertas pela função judiciária com o desejo de construção do Direito Democrático:

Na realidade, aqui, a relação lógica entre vinculação legal e independência do Judiciário é evidenciada precisamente em sua completa destruição. Somente uma justiça que não pode mais deduzir a legitimação de suas decisões a partir da lei em vigor é que se torna absolutamente dependente de necessidades políticas e situacionais e degenera-se em apêndice do aparelho administrativo”. (MAUS, 2010, p. 40)

5 TENTATIVA DE DESCONSTRUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CLÁUSULA ABERTA COMO ESPAÇO PARA LIVRE APRECIACÃO JUDICIAL NA BUSCA DE SOLUÇÃO ADEQUADA AO CASO

No Capítulo 2 da presente dissertação foram apresentadas concepções no sentido de que as cláusulas abertas permitem um espaço de apreciação pelo Estado-Juiz para sua concretização. Significa dizer que as cláusulas abertas demandam uma relação com situações concretas e, eventualmente, valoração. Aqui entraria a possibilidade de discricção do juiz. Com efeito, nesse capítulo pretende-se desconstruir tais concepções.

Em relação ao Processo, também foram indicados processualistas de escol⁸⁴ que defendem a necessidade de munir o juiz de maior latitude de poder de decisão, de superar o formalismo e utilizar o processo como instrumento para atingir escopos metajurídicos, o que justificaria a inserção de normas procedimentais flexíveis, colocando sob a responsabilidade do Estado-Juiz, como órgão oficial do Estado, fixar, em concreto, por exemplo, as medidas que julgar necessárias (461 do Código de Processo Civil), avaliar a conveniência de modular efeitos em decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/98),⁸⁵ ou seja, permitir a adaptação da técnica ao caso, tudo sob o argumento de conferir maior proteção ao direito material, numa visão utilitarista do Processo.

Exemplo já apresentado e ora reafirmado é também o art. 273 do Código de Processo Civil, cuja inclusão no procedimento comum se deu sob a consideração da necessidade de uma medida de caráter satisfativo, como alternativa à demora da cognição plenária do processo de conhecimento.

Para o fim de desconstruir o ideário de liberdade judicial, cumpre opor-lhe algumas objeções, notadamente o de seu caráter antidemocrático, que somente pode ser superado diante da visão de Processo reiteradamente veiculada ao longo desse texto.

A concepção de Estado Democrático de Direito, em que o direito é democrático, conforme ensinamento de Canotilho (2009, p. 13, nota de rodapé n. 2), aliada à de Jurisdição nesse marco teórico-constitucional, como será propugnado no tópico 5.3, à frente, e, ainda, à de Processo Constitucional, especialmente considerado como um instituto constitucional que abriga a totalidade das pessoas em igualdade de condições de debate, de forma a consagrar, respeitar, manter ou restaurar direitos e garantias individuais e coletivos (Baracho, 1984), impõe uma releitura da atividade judiciária de interpretar e aplicar cláusulas abertas e de

⁸⁴ Conferir nota 1 da presente dissertação.

⁸⁵ Saliencia-se que o Supremo Tribunal Federal tem sido frugal na fixação de modulação de efeitos de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, fazendo-o fundamentadamente.

conceitos jurídicos indeterminados como oportunidade para construção do direito para o caso de forma participada, em bases acolhedoras das garantias processuais constitucionais, de forma eficaz, a conferir juridicidade e legitimidade ao provimento.

Reforça-se, então, a imprescindibilidade de fundamentação interna ao direito, em obediência ao princípio da vinculação da função judiciária à lei e à Constituição, bem como da instrução probatória participada e da consideração dos argumentos dos interessados na fundamentação do provimento⁸⁶.

A valorização da prova, “refletida na demonstração do conteúdo de importância daquele elemento de prova para a formação da cognição processual, aí se incluindo o convencimento discursivo dos sujeitos do processo (partes e Estado-Juiz)” (TAVARES; CUNHA, 2011, p. 112) apresenta íntima conexão com o caráter democrático da decisão.

Nada obstante, o Código de Processo Civil em vigor permite liberdade do Estado Juiz na formação de seu convencimento, embora exija motivação. A questão é, pois, em que bases dar-se-á a motivação. Daí a impostergável observância daquelas garantias processuais logo acima referidas, em sentido forte ou dinâmico, isto é, que sejam efetivamente atendidas.

“É certo que, sob a ótica dos códigos processuais brasileiros, o órgão judiciário é livre para decidir, desde que fundamente as razões de fato e de direito que o levaram a formular a estrutura do ato decisório.” (TAVARES; CUNHA, 2011) Nesse sentido se pronunciam os tribunais. O Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou:

O art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio da persuasão racional. Destarte, inexistente cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova técnica (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 879.046/DF. Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Brasília, DJe, 7 Jun 2011).

Vê-se, portanto, que a insistência na necessidade de observância das garantias processuais não é meramente acadêmica, mas almeja sensibilizar os possíveis leitores da importância de conferir eficácia às garantias processuais constitucionais, porque, embora sejam mencionadas em praticamente todas as leituras que se faz de obras, de artigos científicos, em que se debate o processo, e mesmo em julgados de tribunais pátrios, a prática decisória ainda revela a ausência, bastante expressiva, da eficácia de tais garantias. E em se

⁸⁶ Sobre a vinculação da Jurisdição ao Estado Democrático de Direito como um dos princípios diretivos da Jurisdição no Estado Democrático de Direito, conferir Dias (2010, p. 103-145). São também considerados princípios diretivos da Jurisdição pelo mesmo autor: Princípio do juízo constitucional ou juízo natural, Princípio da supremacia da Constituição Federal, Princípio da reserva legal, Princípio do devido processo constitucional, Princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais e Princípio da eficiência da função jurisdicional.

revelando estas ineficazes ou fracamente eficazes, outros direitos também seguem a mesma sorte, como consignado no corpo do julgado da Extradicação n. 968-9, a cujo teor se refere no tópico 5.1, à frente.

A aplicação de norma que exige complementação para se concretizar, ou intelecção, repercute na formação da jurisprudência, que se vem fortalecendo no direito processual brasileiro com as últimas reformas do Código de Processo Civil, a exemplo da técnica dos recursos repetitivos, em que se adota um recurso representativo da controvérsia; da chamada súmula impeditiva de recursos e, para o novo Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Logo, se a produção da prova se dá de forma antidemocrática, não participada, o produto da decisão pode se constituir em ato ilícito e esse ato repercutirá para o futuro, com reflexo em decisões judiciais supervenientes nele respaldadas, cujo alcance da regra — preenchida por decisões proferidas ao longo do tempo, à consideração de fatos similares — se estabelecerá, portanto, de forma ilícita e, por conseguinte, essa fonte terá origem ilícita. (Cf. ASSIS, 2009)

5.1 Construções paulatinas e compartilhadas do alcance de cláusula aberta por meio do Processo e o papel da jurisprudência

O alcance de uma cláusula aberta ou de um conceito indeterminado acaba sendo definido pela jurisprudência, por meio da reiteração de decisões judiciais para casos similares.⁸⁷

A respeito da interpretação, dos métodos e de sua superação, no estudo crítico sobre a padronização de decisões judiciais, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010, p. 31-33) afirmam que, desde Kelsen, os postulados da exegese [corrente do pensamento jurídico no século XIX que acreditava na clareza dos textos normativos e na segurança jurídica que daí advinha] e mesmo do positivismo clássico [doutrina mais elaborada que a anterior que desenvolveu métodos de interpretação que buscavam eliminar obscuridades e antinomias] quanto a ‘um’ sentido verdadeiro/correto de uma norma já não fazem mais sentido.

Advertem que a questão hoje não é mais a neutralidade na aplicação do direito, mas a imparcialidade, dada a impossibilidade de o juiz sair de seu mundo, cuja linguagem desse mesmo mundo ele utilizará para decidir. Razão por que a fundamentação detalhada de seu

⁸⁷ No sentido de aproximação com o sistema de precedentes: MARINONI, 2009, p. 175-232. Essa percepção, contudo, deve ser vista com reservas, conforme será adiante considerado.

convencimento se impõe. E, de outro lado, considerando-se que a atividade judicial se insere numa comunidade de princípios, “legislador e juiz devem atuar de forma a construir um sistema coerente de direito”. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 36-37)

Nessa corrente de pensamento, não se pode desconsiderar a questão da faticidade e a impossibilidade de uma súmula ou jurisprudência abarcar todas as situações de aplicação da norma e, portanto, a necessidade de uma resposta correta para cada caso e, de outro lado, a aceitabilidade racional da decisão (justificação externa). Com efeito, considera-se que a ênfase dada às particularidades de cada caso “não transforma o processo judicial em uma prática casuística” porque, por meio do debate, a busca do melhor argumento abre uma dupla dimensão à sentença: a dimensão da imanência, isto é, que o processo representa uma resposta ao caso e também uma dimensão transcendente:

O procedimento deve ser tal que as perspectivas em concreto das partes sejam correlacionadas com aquelas que fundamentaram o discurso de justificação, de forma a aferir a correspondência entre as perspectivas dos participantes do processo judicial e as dos membros da comunidade jurídica, representados pelo juiz imparcial. Além de ser uma resposta àquelas partes, a pretensão a direito levantadas pelas partes, a sentença deve ser tal que quaisquer pessoas que estivessem ali naquele caso obteriam a mesma decisão. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 39-40)

A esse propósito, Fredie Didier Jr. aponta para a relação entre as cláusulas gerais e os precedentes judiciais (jurisprudência), cuja técnica de legislar teria repercutido no sentido de aproximar o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Isso em virtude do reforço do papel da jurisprudência. A reiteração de aplicação de uma mesma razão de decidir “dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral” e, além disso, “a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados”. (DIDIER JR, 2010, p. 70)

Em sentido crítico a essa posição, salienta-se para que essa importância conferida ao reforço da autoridade dos julgamentos dos Tribunais, especialmente superiores, na fundamentação das decisões, sem a preocupação científica de consolidação de uma teoria dos precedentes no Brasil é perigosa, porque, aqui, as súmulas e precedentes se dão de forma desconectada “com as questões, debates e teses que lhes deram origem”. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, p. 41-47)

Vê-se que a questão da valorização da jurisprudência no Brasil vem sendo objeto de análise por juristas brasileiros. Esse tema merece destaque ante as reformas empreendidas no Código de Processo Civil que vem conferindo força até vinculativa aos julgados,

especialmente aos dos tribunais superiores. Com o crescimento da importância do direito jurisprudencial, especialmente com a instituição da Súmula Vinculante pela Emenda n. 45/04 à Constituição da República, o tema foi merecedor de destaque em artigo especializado (SGARBOSSA; JENSEN, 2008), cuja leitura é muito contributiva ao tema sob enfoque.

Sgarbossa toca no ponto relativo ao princípio da separação dos poderes e, de outro lado, à Teoria dos Freios e Contrapesos para apontar a complexidade da inserção da Súmula Vinculante no direito brasileiro, que envolve a questão do caráter normativo da atividade do órgão judiciário do Estado frente à ideologia da representação política do eleitor pelo Poder Legislativo.

A criação do instituto das Súmulas Vinculantes tem sérias repercussões nos interesses de particulares e, portanto, no acesso à justiça, visto que a Súmula Vinculante, embora não vincule diretamente o particular, o faz por meio dos efeitos mediatos e reflexos, pela vinculação da Jurisdição ao julgado vinculante. Nessa ordem de ideias, envolve o debate sobre a necessidade de fundamentação das decisões para preservar o Devido Processo, também princípio-garantia constitucionalizado.

Para chegarem a suas conclusões, Sgarbossa e Jensen defendem a necessária distinção entre os termos súmula e enunciado, para dizerem que a súmula é vinculante; o enunciado, não. Isso porque o enunciado é explicativo, é esclarecedor, é informativo. Daí que não basta que o Estado-Juiz, ao se valer de uma Súmula Vinculante para decidir determinado caso, faça referência ao enunciado. É impostergável que verifique a jurisprudência que deu embasamento à Súmula para constatar se a situação fática subjacente àquele enunciado é idêntica à que está sendo resolvida.

Esta reflexão é feita pela atenção à teorização do direito do *common law*, cuja principal regra estruturante é a do *Stare decisis*, que tem fonte inspiradora em razões de isonomia: casos iguais devem ser decididos da mesma maneira. É a regra do precedente vinculante (*binding precedent*).

O *Stare decisis* constitui um elemento do moderno *common law*. O termo “moderno” quer significar que, na verdade, no “*common law*, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais e não o contrário”, visto que a atuação do Legislativo vem se intensificando, como nos Estados Unidos, o que permite afirmar que “a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas de *common law* e *civil law*”. No mesmo sentido, (MARINONI, 2009, p. 183).

A regra do *Stare decisis* impõe uma vinculação do juiz em nível horizontal (em relação a suas próprias decisões anteriores) e vertical (relativa a precedentes de jurisdição

superior). A questão é que, no direito de *Case Law*, a vinculação se dá apenas em relação à *ratio decidendi* (próprio fundamento da decisão judicial, imprescindível para a tomada da decisão), aquela da qual se extraem as regras de direito aplicáveis ao caso e que se liga, portanto, aos fatos materiais que estão sob exame no precedente. Por isso, só se alcança a *ratio decidendi* para o fim de concluir pela vinculação ou não analisando-se o repositório de decisões, nos quais se identificarão os fatos analisados. Essa é, portanto, a orientação para fazer incidir a Súmula Vinculante do direito brasileiro a casos sob julgamento em tribunais inferiores ao Supremo Tribunal Federal ou mesmo por este.

Por certo, essa orientação é residual, dada a filiação do direito brasileiro ao sistema romano-germânico em que é a lei sua fonte primária, mas em hipóteses de incidência de Súmula Vinculante, o julgador não pode se descurar de buscar nos julgados (ementas e votos) que a integram a norma para aplicar, sob pena de ofensa ao Devido Processo, que engloba o princípio do acesso à justiça.

“Isto significa, em termos práticos, que o julgador jamais poderá deter-se na leitura do enunciado da súmula e na subsunção dos fatos aventados a tal enunciado, como se regra geral e abstrata fosse (i.e., como se dispositivo de lei fosse).” (SGARBOSSA, JENSEN, 2008, p. 13)

A proposta é de abertura da súmula como se fosse um chocolate, para identificar dentro dele o fundamento material (relativo aos casos que embasaram a formação daquele entendimento explicitado no enunciado da Súmula). Dessa forma, a “fundamentação da decisão demonstrará ter havido, portanto, significativa apreciação judicial e não mera aplicação de interpretação pré-formatada, sob a forma de um enunciado genérico e abstrato.” (SGARBOSSA, JENSEN, 2008, p. 14)

É exatamente esse o ponto que, se observado, evitará a mera aceitação da interpretação pré-formatada. Ou seja, a súmula deverá ser analisada nos moldes suprarreferidos para assegurar a efetiva participação na incidência do julgado, de forma a não legitimar a criação de ilicitude, cujo elemento *a mais* próprio do momento de aplicação não fique desacobertado do diálogo. Nessa mesma linha, (ASCENSÃO, 2005)

A respeito da aproximação das jurisdições de *civil law* e de *common law* e da necessidade de respeito à jurisprudência no Brasil, impende mencionar ainda o problema da autoridade da decisão judicial e investigar por que o *common law* admite que o juiz pode criar o direito ao contrário do *civil law* e a possibilidade de revogação do precedente (*overruling*). (MARINONI, 2009, 175-232)

Prossegue-se nesse ponto, porque a ideia de inserção de cláusulas abertas é exatamente no intento de que a concretização continuada de uma cláusula geral ou de um conceito jurídico indeterminado pelo Órgão Judiciário é que lhe indicará o alcance em face de casos concretos. A questão é os moldes em que se dará essa sucessiva concretização. Logo, a verificação da legitimidade da construção jurisprudencial é essencial na espécie, além do que parece mesmo haver um nexo entre aplicação e interpretação. Nesse sentido, Ascensão:

O labor continuado do intérprete irá provocando uma espécie de sedimentação. A “aplicação uniforme” representa como que uma complementação da regra. Pouco a pouco, elementos que surgiram a propósito da aplicação ganham solidez e passam a compor na ordem social a própria regra.

[...]

Diremos assim que historicamente se assiste a uma lenta deslocação de elementos do domínio da aplicação (caracterizada pois pela apreciação individualizada) para o domínio da interpretação. A repetição de casos semelhantes pode levar à alteração do ordenamento. (ASCENSÃO, 2005, p. 600)

Dentro da questão específica da construção paulatina do alcance de uma cláusula aberta ou de um conceito jurídico indeterminado e da aproximação interpretação/aplicação, há de se mencionar, também, de acordo com o escólio do eminente jurista português, José Ascensão (2005), a relação entre generalização e individualização.

A generalização diz respeito à igualdade perante a lei. Trata-se do direito positivado: a lei, por natureza genérica, não pode abranger a infinita diversidade dos casos da vida.” (2005, p. 229) Por outro lado, a individualização na solução dos casos pode conduzir ao abandono da base normativa, quando o critério seja dado, por exemplo, por pura equidade. Entre as hipóteses de modalidades de soluções individualizadoras baseadas na equidade estaria, de acordo com Ascensão, a “atribuição de um poder discricionário a um ente público”. Nesse caso, exige-se a qualificação da atuação do intérprete. (ASCENSÃO, 2005, p. 235)

A indagação é se, em tais casos, a intervenção no campo de manobra deixado ao intérprete pela regra não seria equidade e, portanto, a individualização não deveria ser considerada não normativa, ao que o autor responde negativamente, pois, para ele, nesses casos, a lei remete ao “próprio critério valorativo fixado na cláusula geral. É efetivamente necessário atender ao caso concreto, mas a solução deve ser olhada à luz da boa-fé, dos bons costumes e assim por diante, e não diretamente à luz da Justiça.” (ASCENSÃO, 2005, p. 235)

Prossegue Ascensão, apontando como intervenção da equidade em hipótese em que há necessidade de concretização de medida de consequência jurídica, a exemplo de caso em que fica a cargo do juiz reduzir cláusula penal quando esta se mostrar manifestamente excessiva

(art. 413 do Código Civil Brasileiro). Para o juiz definir qual seria a retribuição “equitativa”, ele terá de realizar ponderação das circunstâncias do caso concreto.

Continua seu raciocínio para advertir que a tendência de individualização pode se dar de diversas formas. Que, mesmo quando há aplicação da norma jurídica, a busca da individualização pode dar-se, por exemplo, por meio da atribuição da função de fixar a consequência jurídica a um ente público. Nesse caso, a aplicação individualizada só é “possível mediante esta intervenção autoritária”. (ASCENSÃO, 2005, p. 236)

Nessa linha, embora o autor português não proponha uma resposta única para a situação, até em razão de observar a dificuldade de exame crítico do tema, indica, relativamente a casos em que a necessidade do recurso a “entidades superiores” não está fixada, que

a tendência para a individualização da solução não deve levar a atribuir crescentemente a decisão dos casos aos órgãos judiciais ou administrativos, ou a tornar as regras legais cada vez mais elásticas. Sem dúvida que assim se permite uma maior justiça relativa, mas essa justiça só é obtida à custa de uma degradação da certeza do direito (da segurança, como se costuma dizer). (ASCENSÃO, 2005, p. 238)

As asserções do professor português auxiliam na análise da questão da discricionariedade judicial, pois cuida da determinação das consequências jurídicas no momento de aplicação das regras, ou seja, envolve a adaptação da consequência abstrata ao caso singular, cujas considerações têm ainda maior destaque quando se trata de regra que não fixa a consequência jurídica, mas reserva sua formatação ao momento da aplicação, pelo juiz, a exemplo do art. 413 do CCB e do art. 461 do CPC (típicos exemplos de cláusulas abertas).

Vem a calhar nesse ponto, os *enunciados* apresentados pelo Conselho da Justiça Federal na V Jornada de Direito Civil, os quais trazem, eles próprios, cláusulas abertas e também determinam o alcance destas e de conceitos jurídicos indeterminados existentes no Código Civil Brasileiro como orientação para futuras decisões judiciais. Eis alguns para ilustrar essa situação:

401) Art. 13. Não contraria os **bons costumes** a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de vontade tenha sido **livre e esclarecida** e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as **normas éticas** que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais.

408) Arts. 70 e 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para efeitos de **interpretação da expressão “domicílio”** do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser considerada, nas hipóteses de litígio

internacional relativo a criança ou adolescente, a residência habitual destes, pois se trata de situação fática internacionalmente aceita e conhecida.

409) Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

413) Art. 187. **Os bons costumes** previstos no art. 187 do CC possuem natureza **subjéitiva**, destinada ao **controle da moralidade social** de determinada época, e **objéitiva**, para permitir a **sindicância** da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela **função social e pela boa-fé objéitiva**.

414) Art. 187. **A cláusula geral do art. 187** do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito.

428) Art. 413. **As multas** previstas nos acordos e convenções coletivas de trabalho, cominadas para impedir o descumprimento das disposições normativas constantes desses instrumentos, em razão da negociação coletiva dos sindicatos e empresas, têm natureza de cláusula penal e, portanto, **podem ser reduzidas pelo Juiz do Trabalho** quando cumprida parcialmente a cláusula ajustada ou **quando se tornarem excessivas** para o fim proposto, nos termos do art. 413 do Código Civil.

444) Art. 927. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

448) Art. 928, parágrafo único. A **indenização equitativa** a que se refere o art. 928, parágrafo único, do Código Civil não é necessariamente reduzida sem prejuízo do Enunciado n. 39 da *I Jornada de Direito Civil*.

455) Art. 944. **A expressão “dano” no art. 944 abrange** não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

456) Art. 944. A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos **razoavelmente** imputáveis à conduta do agente. (Destques nossos) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011)

A transcrição desses enunciados ilustra a formação de entendimento jurisprudencial que fixa o alcance de termos e expressões vagos que delimitam conceitos jurídicos e que partem da possibilidade de o Juiz realizar sua tarefa equitativamente, por exemplo, ao poder reduzir o valor de cláusula penal, se ela se revelar “excessiva”. Observa-se, ainda, que, na edição dos enunciados, considera-se a razoabilidade como critério de decisão.

Ainda a propósito da concretização continuada de normas e da impostergável atenção para a legitimidade do provimento com reflexos no desenvolvimento da jurisprudência, recentíssima decisão do Superior Tribunal de Justiça, veiculada na Sala de Notícias do sítio eletrônico deste, em 15/12/2011, sem referência ao número dos autos do procedimento, mas em que está explicitada a notícia, também vem exemplificar essa ocorrência. Trata-se de pedido de indenização. No caso, a Terceira Turma do STJ, seguindo o voto da relatora,

afastou a indexação do valor da indenização ao salário mínimo e “optou por fixar a condenação no valor médio de outras reparações por dano moral concedidas a pessoas que se sentiram ofendidas nas mesmas condições, pela mesma reportagem do SBT”. Segundo a relatora, essa fixação de valor de acordo com a média das indenizações concedidas a outras mulheres, nas mesmas condições, atende ao “princípio da segurança jurídica”. Resta clara, na hipótese, a questão da construção jurisprudencial paulatina e do respeito à jurisprudência.

Cita-se, como exemplo de concretização de regra procedimental que confere um “mandato” ao Estado-Juiz para que fixe a consequência jurídica de não atendimento de uma ordem sua, relativa a obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, multa cominatória (astreinte), sem que haja prévia definição de valor ou qualquer outro parâmetro objetivo na regra, a qual se limita a estabelecer cláusula aberta como necessidade, adequação e que seja suficiente para inibir o cumprimento da medida, a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. MULTA COMINATÓRIA. REVISÃO DO VALOR.

1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título multa cominatória, quando ínfimo ou exagerado. Redução da multa para adequá-la aos parâmetros da jurisprudência do STJ e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag no REsp 1022081/RN - Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. *DJe* De 13/10/2011 – 4ª Turma. Acesso em 29.12.2011)

Interessante citar também ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal, em que a análise se faz à luz da razoabilidade da norma e de considerações “em torno das lacunas preenchíveis”, apenas para constatar que o tema da dissertação tem, indubitavelmente, conexão com a realidade dos tribunais pátrios:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR – LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS – NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER** – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA “EX

TUNC”. A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. [...]Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo “ultra vires”, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie). – Considerações doutrinárias em torno da **questão pertinente às lacunas preenchíveis**. TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. – As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. – A exigência de razoabilidade — que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas — atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como **verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade** material dos atos estatais. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. – A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2667 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator (a): Min. Celso de Mello. DJ de 12 mar 2004.)

O art. 278, IV, do Projeto de Lei n. 8.046/2010, prevê que será concedida a tutela da evidência, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em Súmula Vinculante. Essa proposição revela o efeito prospectivo de julgados, o que clama ainda com maior veemência pela necessidade da construção democrática da jurisprudência. Sua formação em bases antidemocráticas terá força para contaminar todos os demais provimentos que nela se embasar.

5.2 Proposta de construção de sentido numa perspectiva procedimental e de integridade: a vedação do marco zero

As teorias de Dworkin, de integridade do direito; de Warat, de vedação do marco zero, e de Jürgen Habermas, do procedimentalismo normativo, dão sustentação à busca de uma

teorização de construção de sentido, no bojo de procedimento judicial, de alcance de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados numa perspectiva de obediência ao princípio da reserva legal e ao princípio democrático.

No Capítulo 2 indicaram-se nomes de processualistas nacionais que defendem a flexibilização da técnica para adaptá-la às necessidades do caso concreto, o que sugere a concretização de normas processuais por meio de valoração do juiz e não se faz ressalva acerca da necessidade de que, na fundamentação da decisão judicial, sejam considerados todos os argumentos daqueles que sofrerão os respectivos efeitos. É verdade que os mesmos autores não desconsideram a exigência do contraditório e da ampla defesa, mas não apresentam uma visão forte de incidência dessas garantias fundamentais.

Por essa razão, entende-se ser necessário entrelaçar as teorias referidas no subtítulo acima para evoluir para uma teoria do Direito Democrático, cuja construção se viabiliza no Processo, atentando-se para a busca de integridade do direito e pela garantia do direito fundamental à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade.

5.2.1 Ideia de integridade do direito em Ronald Dworkin

Pode-se dizer que uma importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos direitos fundamentais é encontrada em Ronald Dworkin (2007), não obstante este autor, embora entenda “não estar dando ensejo ao ativismo judiciário, porque o seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado apenas pela própria consciência, e sim vinculado à prática constitucional de um País que adote a visão do direito como integridade” (RAMOS, 2010, p.136),⁸⁸ deixa uma marca ativista na atividade do Estado-Juiz, porque desenvolve sua proposta se utilizando de um juiz imaginário, “de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (DWORKIN, 2007, p. 287), ao qual denomina de Hércules.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos

⁸⁸ Conferir Dworkin, 2007, p. 451-453, no qual o autor expressa que: “O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”. Dworkin objetiva superar “qualquer estratégia interpretativa apriorística, fixada numa orientação estreita e formada pela justaposição de idéias, para decidir o que é uma constituição”, porque, nesse caso, mais uma vez se apresentaria o cenário “para um novo começo” (DWORKIN, 2007, p. 453).

casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. Mas, como vimos no final do capítulo VI, a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões... (DWORKIN, 2007, p. 291)

Nota-se que o “moralismo jurídico de Dworkin concebe, portanto, uma ordem objetiva de valores encarnada na história de uma sociedade específica”. (RAMOS, 2010, p. 136). Com efeito, se “o positivismo clássico nos remete ao passivismo, o pragmatismo e o moralismo jurídico, necessariamente desembocam em ativismo judiciário”. Isso porque, sob o prisma do pragmatismo, libera-se o juiz a decidir de acordo com as necessidades sociais. Por outro lado, a “aceitação dos pressupostos teóricos do moralismo jurídico” também impulsiona o ativismo, porque há, em sua base, um “fundamentalismo axiológico” a presidir a ideia de “que há uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo, atuando o juiz como um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas”. Para tanto, devem se valer de “parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie”. (RAMOS, 2010, p.134 e 135)

Não é preciso muito esforço para perceber (e a jurisprudência dos valores apenas confirma isto)⁸⁹ que a atração exercida pelo idealismo axiológico fatalmente conduz, em algum momento e com maior ou menor elastério, ao rompimento das barreiras que o direito positivo, constitucional e infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação. (RAMOS, 2010, p. 135)

A teoria de direito como integridade, de Dworkin, pode, sim, gerar criatividade judicial, que não é aceita na presente pesquisa, por privilegiar determinado ponto de vista em detrimento de outros, o que não se apresenta como forma democrática de reconstrução do direito para o caso. Por essa razão, a teoria de direito como integridade é aqui aventada como

⁸⁹ Sobre a jurisprudência dos conceitos como “subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos” e, portanto, num ideal de sistema fechado de conceitos jurídicos; a jurisprudência dos interesses como tendente ao “primado da indagação da vida e da valoração da vida”, ou seja, o Direito como tutela de interesses e, de consequência, o legislador substituído pelas forças sociais (interesses), conferir (LARENZ, 1997, p. 63, 64 e 65). O mesmo autor trata do encaminhamento da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos valores, a partir do momento em que se sentiu a necessidade (no início do século XX) do entendimento sobre o que seria interesse e se passou a observar que a prevalência de um interesse em detrimento de outro impunha valoração pelo juiz, no momento da aplicação, ante conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, cujo quadro muito geral faz a decisão depender disso. É aí que o juiz é “remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício de sua actividade (o seu ‘recto juízo’)” (LARENZ, 1997, p. 163, 164 e 165). Larenz salienta que, em relação à concepção de uma jurisprudência de valoração, prepondera na ciência uma ideia de que os valores são um ato de opção pessoal, não passíveis de fundamentação racional. Nessa linha, em inúmeros casos de fronteira “subentra” no lugar da valoração do legislador a valoração pessoal do juiz, “a qual se subtrai a comprovação de acordo com um critério objectivo”, o que significaria, para a ciência do Direito, que ficaria limitado o acesso a uma comprovação de um grande número de decisões de acordo com métodos ‘científicos’” (LARENZ, 1997, p.165).

apenas parcialmente integrante de uma construção teórica que se está a fazer no presente estudo. Além disso, é preciso não olvidar que referida teoria é desenvolvida por Dworkin em outra família de direito, a de *common law*, no direito americano, e, portanto, seu acolhimento somente é possível se observadas as características fundamentais da família a que adere o ordenamento jurídico brasileiro, a do direito romano-germânico, cuja fonte primordial do direito, quase exclusiva, é, ainda que aparentemente, a lei em sentido *lato sensu*. (DAVID, 2009, p. 111)

Ainda que o direito não comporte a lei como única fonte, tanto numa como noutra família, a concepção de direito perfilhada em ambas é a que se liga “à descoberta e realização da justiça”. Mas há uma diferença: Na família de direito romano-germânica aquela descoberta de justiça se faz por meio do “recurso a uma técnica que tem como ponto de partida a lei”, enquanto, na *common Law*, toma-se em “consideração as decisões judiciais”. (DAVID, 2009, p.116) De qualquer forma, a concepção de justiça é plurissignificativa.⁹⁰

O primeiro ponto a se considerar é o de que Dworkin (2007, p.19) desenvolve o conteúdo de seu livro **O império do direito** sob o ponto de vista interno, ou seja, do participante (*insider*). Por isso, estuda o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não para se lhe reconhecer importância singular, mas “porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”. Além disso, justifica Dworkin a escolha do argumento judicial — como o do juiz, porque explica que os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem — mas “o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca”. (DWORKIN, 2007, p.19)

Esse primeiro aspecto da obra de Dworkin é, portanto, apenas um dos que compõem a proposta de construção de sentido e de alcance de cláusulas abertas paulatinamente pela jurisprudência. Isso porque, já se observa, Dworkin, nessa perspectiva de sua obra, não inclui o ponto de vista dos demais sujeitos do processo, o dos interessados no provimento judicial, o que revela sua incompletude quanto ao alcance da construção democrática do direito para o

⁹⁰ Sobre a discussão jusfilosófica relativa à justiça, conferir Karl Larenz(1997, p. 241-258), que desenvolve um tópico a respeito, baseando-se inicialmente em Perelman para tentar responder se é possível que valores e normas, cujos pressupostos sejam a realização da justiça, sejam objeto de exame racional e, entre as questões, uma se refere ao lugar de onde os participantes de um discurso retiram seus argumentos. A resposta de Perelman, apontada por Larenz, é, em síntese, no sentido de que a crítica e a justificação não se apresentam como “intemporais e genericamente válidas”, dado que crenças, valores, agentes, convicções, normas, se referem a um determinado círculo e podem modificar-se com o tempo e o espaço. (LARENZ, 1997, p. 245)

caso, mas é uma visão que interessa à pesquisa quando o autor americano tenta afastar o convencionalismo e o pragmatismo.

Explica Dworkin que a proposta de direito como integridade propõe um programa de interpretação que faça novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica. Não apenas, como o convencionalismo, que exige que os juízes analisem as compilações de matérias jurídicas e os registros parlamentares “para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo” e que limita, portanto, a realização de novas análises, uma vez que, aceito o convencionalismo como guia, não haverá novas ocasiões para “interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos”. Nem mesmo tão somente como o pragmatismo, que exige um pensar instrumental sobre “as melhores regras para o futuro”, o que pode redundar numa “interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo.” Aqui, também, a aceitação dessa percepção inibirá a interpretação da prática jurídica em sua totalidade. (DWORKIN, 2007, p. 272 e 273)

O direito como integridade é indicado como produto da interpretação que abranja tanto a prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O direito como integridade pede aos juízes que “continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade — e como origem — das interpretações mais detalhadas” recomenda. (DWORKIN, 2007, p. 273)

Daí a importância da história no direito como integridade, mas no sentido de coerência de princípio, não num ideário de continuidade: Numa percepção de que o direito como integridade começa no presente e só se volta ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determinar. A proposta de Dworkin é interpretativa: “o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica”. (DWORKIN, 2007, p. 274)

É nesse traço condutor que Dworkin prossegue com a proposta do romance em cadeia. Aqui, expressamente dizendo da interpretação criativa que vai buscar a intenção, não de “descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.” É o ideário de construção de um romance o mais unificado e que seja da melhor qualidade possível, cujo ponto de vista sobre o romance vá se formando aos poucos, de modo que seja dado ao romancista posterior decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. (DWORKIN, 2007, p. 275)

Essa comparação com o romance em cadeia é desenvolvida em dimensões. A primeira, da adequação. Esta, para ser bem sucedida, deve possuir um poder explicativo geral. Se deixar de explicar algum importante aspecto estrutural do texto, será mal sucedida. Se a interpretação que o romancista estiver a dar não se revelar compatível com o material que lhe foi entregue, deverá abandoná-la, pois que, assim, se apresentará sempre como um novo começo; nada em continuação do romance. A “segunda dimensão da interpretação vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão”. (DWORKIN,2007, p.278)

Essa breve digressão na teoria de direito como integridade, de Dworkin, é suficiente para se estabelecerem algumas relações. A primeira, de que interpretação e aplicação do direito devem abranger aqueles envolvidos nessa tarefa. Nos lindes dessa pesquisa, os envolvidos são os sujeitos do processo judicial (Juiz e partes interessadas no provimento). Logo, não se cogita de exercício de atividade judiciária do Estado num plano de neutralidade ou de parcialidade, ou, ainda, de unilateralidade, de desvinculação do igual direito de interpretação para todos.

A segunda, no sentido de que, na perspectiva de construção de Direito Democrático, não se acolhe uma visão continuísta do direito, de forma a simplesmente se fazer remissão a normas preexistentes, sem submetê-las ao efetivo debate, aberto a todos. Logo, a construção jurisprudencial que simplesmente se reporta a julgados anteriores, sem novamente subordinar ao debate a solução jurídica precedente, não se coaduna com a percepção democrática. Esta impõe que, ao invés de se conjecturar de um “novo começo”, se busquem os argumentos jurídicos que embasaram a decisão para rediscuti-los em conformidade com a situação concreta e se verifique se se mantêm, ou não, em caso sob julgamento, e sob quais justificativas, havendo sempre a possibilidade de reconsideração e, assim, de reconstrução do direito em conformidade com os princípios jurídicos em vigor. Seria, portanto, uma releitura democrática do direito.

A terceira relação diz respeito a que uma percepção meramente utilitarista no exercício da interpretação e aplicação do direito também não se coaduna com a construção do Direito Democrático, especialmente se adotada de forma radical, a fazer evidenciar uma interpretação que supere a matéria jurídica e ingresse em argumentos extrassistêmicos (morais, econômicos, sociais), sob a justificativa de alcance de bem comum ou de interesse público, por exemplo, numa análise “pro” futuro, partindo até de um marco zero, ou de um novo começo, quanto mais se essa nova construção valorativa ainda partir de um

“sentimento” oficial estatal não problematizado, embora veiculado no interior de procedimento em contraditório.⁹¹

Com efeito, a proposta de Dworkin tem a potencialidade de encaminhar uma perspectiva de construção democrática do direito, no sentido de não desconsiderar a pré-compreensão do intérprete/julgador na construção do direito para o caso; de buscar um direito que não se volte tão somente para construções passadas, sem a realização de novos exames, nem apenas para o futuro, sobrepondo razões utilitaristas à matéria jurídica, desde que aliada essa percepção aos princípios que dão o contorno ao Processo Constitucional, o qual se revela como um instituto jurídico-constitucional apto a viabilizar o enfrentamento de interpretações e concretizações que embaraçam uma reconstrução democrática do direito para o caso, visto exigir o respeito aos direitos fundamentais de igualdade entre os sujeitos do processo e esse direito fundamental abrange desde a produção das provas até a consideração, com poder de influir o resultado do julgamento, dos argumentos dos interessados; ampla defesa e contraditório; fundamentação racional, isto é, decisões judiciais embasadas em fundamentos normativos e bem explicados, notadamente em se tratando de dizer claramente o sentido em que se está empregando um conceito jurídico indeterminado, ou as razões da consequência determinada em face de uma cláusula aberta, além da eficácia que deve ser assegurada às demais garantias processuais constitucionais, como as de direito ao advogado, duração razoável do procedimento, tendo sido salientadas aqui as que dizem diretamente com a interpretação e aplicação do direito para deixar assentado que deve ser realizada de forma a assegurar que todos os interessados delas tomem parte.

Enfim, a proposta de direito como integridade vem dar apoio ao esforço aqui empreendido para conferir democraticidade à construção de sentido em processo judicial em que se apresentem cláusulas abertas processuais, como as referidas no capítulo seguinte, ou conceitos indeterminados, ou normas configuradoras dessa técnica legislativa e que vêm sendo bem acolhidas no Brasil sob a aspiração ideológica de conferir espaço de apreciação

⁹¹ A proposta de Dworkin, não acrescida de complemento relativo à participação, se mostra antidemocrática, porque ressentida de uma “situação ideal de fala”, que envolve o amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes tenham igual acesso e onde prevaleça o melhor argumento, cujas condições fundamentais são a ausência de impedimento à participação, a ausência de coações externas ou pressões internas e a seriedade, no sentido de que todos devem ter por objetivo a busca cooperativa de um acordo. (CITTADINO, 2009, p. 110 e 111, ao tratar da imparcialidade e do diálogo em Habermas) Nessa situação ideal de fala, o “interesse” de todos será considerado e, assim, torna-se possível um acordo racionalmente motivado. “O procedimento discursivo prático institui um processo argumentativo livre de coerções e assegura, ao mesmo tempo, a igual participação de todos os sujeitos capazes de linguagem e ação. Com esta formulação, Habermas configura o projeto de construção de um espaço público, cuja lógica democrática assegura a reciprocidade e o respeito mútuo”. (CITTADINO, 2009, p. 111, 112)

judicial, no qual inevitavelmente haveria liberdade de atuação do Estado-Juiz na busca de materialização de direitos fundamentais e da decisão mais “justa”.

O desenvolvimento dessa pesquisa busca embasamento teórico para tentar alcançar, em conclusão, a “gênese democrática do direito” no processo judicial, de forma que, no bojo deste, aquele direito já produzido democraticamente, pelo legislador, possa ser rediscutido e reconstruído, também de forma democrática e, portanto, participada, tentando-se afastar a possibilidade de se apresentar um novo começo nos julgamentos e em conformidade com a concepção estatal manifestada por seu órgão oficial, bem como decisões superficialmente fundamentadas com prejuízo do respectivo controle dos interessados.

Assim, à teoria de Dworkin serão acrescentadas outras, a seguir, para, no conjunto, robustecer a proposta final dessa pesquisa, dado que se pretendeu, até esse momento, entremostrear a dificuldade de convivência do ideal de abertura normativa com o Direito Democrático,⁹² numa perspectiva de Estado que se pretende ver construído a partir do texto da Constituição de 1988. Embora as garantias processuais sejam sempre apontadas em corpos de julgados, insista-se, outros dogmas se mantêm, a exemplo do princípio do livre convencimento motivado, do atendimento, pelo juiz, dos fins sociais a que se destina a lei, entre outros, e que acabam por enfraquecer o ideal de liberdade, de participação e de valorização dos direitos humanos.

5.2.2 A vedação do marco zero

A vedação do marco zero é uma teorização buscada em Luis Alberto Warat (2002), desenvolvida no Capítulo II de sua obra e objeto de referência no Capítulo 3, item 3.3, *supra*.

Extrai-se das lições de Warat a proposta de teoria crítica das significações jurídicas a partir da perspectiva do grau histórico, abandonando-se a pretensão de “reconstrução neutra do conhecimento” para reconstruir criticamente o desenvolvimento do saber. Cuida-se da busca de conquista de “um ponto de vista sobre as possibilidades do pensamento jurídico” que se livre da “investigação crítica transcendental e das tiranias do método, empenhando-se na determinação das condições míticas de existência da racionalidade jurídica”. (WARAT, 2002, p. 323)

⁹² Opinião restritiva sobre a conveniência da liberdade criativa dos Tribunais Constitucionais, no sentido de que o melhor caminho é a “detalhada regulamentação legislativa do processo constitucional, evitando surpresas e deixando claras as regras dessa relevante atividade do Judiciário”, é obtida em Dimitri Dimoulis, ao concluir tópico sobre a margem criadora do Tribunal Constitucional, com destaque para autocriação processual pelo Supremo Tribunal Federal, criando-se filtros que limitam o alcance do controle de constitucionalidade, bem como ampliando-se as competências do próprio Supremo ou a vinculatividade de suas decisões. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 255)

A vedação do marco zero se apresenta como crítica ao positivismo jurídico no que se refere à separação entre o racional e o fazer cotidiano, com privilégio do método e negação do papel da política na objetivação do real e representa um ponto de apoio para o afastamento da proposta de que as cláusulas abertas funcionem como poros para a entrada de fundamentos não normativos para a determinação de seu alcance.

Isso porque a proposta dessa pesquisa é apresentar uma construção teórica balizadora da ideia da participação democrática no procedimento judicial, cujo eixo teórico é o Direito Democrático viabilizado pelo Processo Constitucional e essa conformação permite pensar na possibilidade de estabelecimento do alcance de determinada cláusula aberta ou conceito jurídico indeterminado pela jurisprudência, de forma conectada aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, da fundamentação, portanto, através do debate, não numa visão continuísta, acrítica e unilateral dos conceitos veiculados no direito positivado.

Significa dizer: Vedar o marco zero é não acolher a possibilidade de o Estado reafirmar um discurso formal e convencional, baseado em conceitos predefinidos e não abertos ao debate, revelador da posição de autoridade dessa fala, em confronto com o ideal democrático que o Processo Constitucional pode viabilizar.

Inadmitir o marco zero na construção jurisprudencial do alcance de cláusulas abertas significa também tentar se desvencilhar de diretrizes retóricas, “fórmulas ocas, sem significação de base, através das quais veladamente se introduzem critérios axiológicos”. (WARAT, 2002, p. 18) E, assim, substituir as “condições de possibilidade da razão como um saber antes do saber [...] por uma visão que investigue criticamente os pressupostos que organizam e fundamentam miticamente uma teoria”. (WARAT, 2002, p. 325)

Enfim, a vedação do marco zero busca afastar o autoritarismo da ciência jurídica. A partir do grau histórico procura-se “recuperar a idéia de que o ser e o dever-ser engendram-se reciprocamente, nascendo e renascendo no interior da atividade social.” Precisa-se repensar a lógica do dever. Deixar o “universo mítico” “nu” para que “não se confunda o desejo do homem com o desejo conceitualizado”. (WARAT, 2002, p. 327)

Em última análise, não se acredita na suposta função corretiva da teoria do conhecimento, “abdicando, com isto, de um espaço de segurança para o saber que é, no fundo, um lugar de legitimação do poder”. (WARAT, 2002, p. 332)

Com efeito, essa percepção relativa ao marco zero e ao grau histórico das significações se relaciona com o ideal de participação no procedimento judicial, de discussão em pé de igualdade, com a oportunidade de apresentação de argumentos por todos os envolvidos e de consideração deles, afastando-se de teorias que admitem argumentos de autoridade, a partir de

compreensões previamente firmadas em conceitos, sem conexão com o debate, bem assim a concepção de espaço vazio a sugerir o preenchimento por órgão oficial do Estado.

Complementa esse ideal a percepção de Jürgen Habermas, de legitimidade democrática por meio de procedimento de formação de opinião e vontade.

5.2.3 O procedimentalismo normativo em Jürgen Habermas

Jürgen Habermas (2003) propõe uma visão procedimentalista de democracia que se distingue dos paradigmas liberal e republicano. Não os afasta. Complementa-os.

Segundo Habermas (2003, p. 310) seu objetivo é provar a existência de um nexo conceitual ou interno entre Estado de direito e democracia, o qual não é meramente histórico. Este nexo transparece na dialética entre igualdade de fato e de direito, a “qual trouxe à tona o paradigma do Estado social, oposto ao liberal, e que nos força atualmente a adotar uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito” (HABERMAS, 2003, p. 310).

É que o processo democrático tem de assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito. A compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que “os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação”. (HABERMAS, 2003, p. 310)

Sob essa percepção, Habermas investiga o modelo liberal e o republicano e aponta seus problemas. Esclarece que o processo democrático, no liberalismo, se efetiva exclusivamente sob a forma de compromissos entre interesses divergentes. O *status* de cidadão é determinado por direitos negativos com o fito de proteção contra a intervenção do Estado. No modelo republicano, manifestam-se as liberdades positivas. Aqui, a formação democrática da vontade se efetiva sob a formação de “um discurso ético-político, que conta com um consenso de fundo estabelecido culturalmente e compartilhado pelo conjunto dos cidadãos”. (HABERMAS, 1995, p. 105-122)

Critica essa sobrecarga ética que predomina na visão republicana no sentido de que

a formação democrática da vontade não retira sua força legitimadora de uma convergência prévia de convicções éticas consolidadas, mas dos pressupostos comunicativos que permitem aos melhores argumentos entrarem em ação em várias formas de deliberação, bem como dos procedimentos que asseguram processos justos de negociação. (HABERMAS, 1995, p. 120)

Propõe uma visão procedimentalista de política deliberativa que afasta uma visão de sociedade centrada no Estado, seja o Estado guardião de uma sociedade de mercado ou aquele embasado numa autoconsciência de uma comunidade ética, pressupondo uma homogeneidade ético-cultural como base da democracia, cujo consenso seria alcançado por meio de uma substância ética concreta compartilhada pelo conjunto dos cidadãos.

Habermas adverte, pois, para a impossibilidade de o projeto de realizar o sistema de direitos ser meramente formal, com base em uma sociedade pressuposta, idealizada. O formalismo limita-se a determinar como os sujeitos de direito, enquanto cidadãos, se entenderão sobre seus problemas e como os resolverão. E o paradigma procedimentalista busca modificar a autocompreensão de todos, não apenas de grupos de especialistas, elitizados.

A proposta habermasiana é, então, de uma teoria discursiva da democracia em oposição à visão liberal — *status* dos cidadãos fundamentalmente determinado de acordo com os direitos negativos que eles têm em relação ao Estado e a outros cidadãos — e à visão republicana, que tem assento em liberdades positivas, em possibilidade de participação por meio da qual os cidadãos podem ser autores politicamente autônomos de uma comunidade de pessoas livres e iguais. É a busca da força legitimadora nos pressupostos comunicativos que revelam os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe, pois, com uma concepção puramente ética de autonomia cívica.

Salienta que a teoria do discurso, na forma como propõe, “dispensa os clichês da *filosofia da consciência*”, os quais recomendam deixar a cargo de “um sujeito da sociedade tomada como um todo” a prática da autodeterminação dos sujeitos privados e, de outro lado, “que imputemos a dominação anônima das leis a sujeitos particulares que concorrem entre si”. E os problemas decorrentes dessa concepção da filosofia da consciência são, primeiro, na implicação de uma ideia de cidadania como um ator coletivo dentro da premissa de totalidade e ação em nome desta e, segundo, a questão da escolha cega, realizada de forma não consciente por atores singulares, dada a variável dependente em processos de poder, cuja escolha individual traz, de forma agregada, decisões coletivas. (HABERMAS, 2003, t. II, p. 21)

Como forma de superar essa filosofia, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, “situada num *nível superior*, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas. (HABERMAS, 2003, t. II, p. 22)

A ideia é de descentralidade e de soberania centrada no fluxo comunicacional, destituída de sujeito. Assim, a soberania popular retira-se para o anonimato dos processos democráticos e se faz valer como poder produzido comunicativamente.

Habermas aborda o aspecto do “mínimo procedimentalista” das democracias, referindo-se a Norberto Bobbio⁹³, o que restaria atendido diante da regra da maioria na participação política e nas decisões políticas, perante os direitos comunicativos usuais e a proteção da esfera privada. Mas adverte que essa proposta não esgota o conteúdo normativo do processo democrático, cuja variável mais importante é o nível discursivo do debate público, porque importa saber por quais meios uma maioria chegou a ser maioria, como se deram os debates anteriores, se se levou em conta as opiniões das minorias, ou seja, precisa-se atentar para a força legitimadora da estrutura discursiva de formação da opinião e da vontade.

Assim, na perspectiva habermasiana, os direitos fundamentais do homem não são produto de uma revelação transcendente (como na doutrina jusnaturalista), nem de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos (como propõe, *Kantianamente*, Rawls e Dworkin), mas consequência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais de legitimamente regular suas vidas por intermédio do direito positivo. O papel de tais direitos básicos é o de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento. O direito legítimo será aquele em que os cidadãos participam não apenas como destinatários, mas também como autolegisladores. (BINENBOJM, 2006, p. 56)

Habermas conclui sua obra (2003, t. II, p. 123-188) cuidando dos paradigmas do direito para examinar se a compreensão procedimentalista por ele desenvolvida pode contribuir para decidir a questão da tensão entre os modelos liberal e social. “O objetivo do direito privado não podia se limitar à garantia de autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social”. A esse propósito, “considerações de ética social infiltram-se em regiões do direito que até então se limitavam a garantir a autonomia privada”. (HABERMAS, 2003, p. 134) A questão ultrapassa, então, uma igualdade

⁹³ Bobbio afirma que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, “entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. Continua Bobbio, em síntese, dizendo que, para a aceitação coletiva da decisão de indivíduos (um, poucos, muitos, todos) é preciso que ela se baseie em regras e que seja tomada pela maioria. Acentua, entretanto, que, para uma definição mínima de democracia, como a que ele aceita, não basta a atribuição do direito de participar a um elevado número de cidadãos, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). “É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de escolher entre uma e outra” e que sejam garantidos os direitos de liberdade, de opinião, de expressão das opiniões, de reunião, de associação, etc.” (BOBBIO, 1986, p. 18, 19 e 20)

meramente formal, impondo-se, na perspectiva de justiça social, uma interpretação do ponto de vista material.

Entretanto, explicita, a mudança do paradigma ou da matriz liberal para a social não implicou mudança no pensamento sobre a autonomia privada, que continua a se expressar como “direito a um máximo de liberdades de ação subjetivas iguais para todos. No entanto, modificaram-se os contextos sociais nos quais deve realizar-se harmoniosamente a autonomia privada de cada um”. (HABERMAS, 2003, p. 137) Ou seja, o direito ao tratamento igual envolve a igualdade do conteúdo do direito.

O modelo do Estado social surge da crítica à visão liberal de uma sociedade econômica calcada no direito privado e “desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum”; em que a garantia de um *status* jurídico negativo, apoiado no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade garantiria a instauração da justiça social. (HABERMA,S 2003, p. 138) Entretanto, percebeu-se que o poder ter e o poder adquirir, no sentido de preenchimento de expectativa de justiça, não prescindia de uma igualdade de poder jurídico, o que envolveria a igualdade de conteúdo jurídico, o que encaminha a passagem do pensamento liberal — ideologia de uma sociedade individualista, em que o Estado privilegia a atividade privada — para a visão de um Estado “mais dirigista e redistribuidor, ou seja, um Estado do bem-estar social.” (HABERMA,S 2003, p. 143)

Com o Estado Social providente ocorre materialização do direito, cujo intervencionismo redundava no risco de prejuízo à própria autonomia privada. Daí terem os dois modelos o mesmo problema, segundo Habermas: não considerarem o nexos interno que deve haver entre autonomia privada e autonomia do cidadão e, conseqüentemente, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica.

O modelo social de direito reduz a justiça à justiça distributiva, a uma distribuição igual de direitos. Contudo, a “idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana” e “a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas *produzidas legitimamente*”. (HABERMAS, 2003, p. 159) Razão por que não é possível dissociar autonomia pública dos cidadãos, como possibilidade de participação da prática de legislar, da distribuição equitativa de direitos subjetivos.

Nesse sentido, ambos os paradigmas, do direito liberal e do Estado social, cometem o mesmo erro: entendem a “constituição jurídica da liberdade como ‘distribuição’ e a

equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos.” (HABERMAS, 2003, p. 159)

A questão que se apresenta, nessa linha de desenvolvimento, é, portanto, que a proposta de formação democrática da vontade por meio do discurso entrelaça considerações da visão liberal e da visão republicana, adequando-as às regras do discurso e da forma de argumentação, numa relação de intersubjetividade e buscando o equilíbrio entre poder e interesses concorrentes por meio da normatividade da Constituição. (HABERMAS, 1995)

O procedimentalismo-normativo apregoa que o consenso é obtido por meio da participação fundada em argumentos racionais, em que os destinatários são, também, autores do ato. Afasta-se, pois, qualquer probabilidade subjetivista e uma pré-compreensão de vida boa, características do comunitarismo.

A proposta habermasiana é que todos os cidadãos tenham a possibilidade de acesso a uma estrutura interna de esfera pública que permita aos interessados converter-se de ouvintes em atores. Eis o núcleo do “paradigma procedimentalista do direito”: buscar alcançar a gênese democrática do direito:

O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicativos e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 1995, p. 186)

5.3 Jurisdição no marco do Direito Democrático

No capítulo dedicado à apresentação das cláusulas gerais e de sua repercussão na atuação da função judiciária do Estado, fez-se referência à importância de se verificarem os efeitos da técnica de legislar de modo aberto. Se esses reflexos no exercício da Jurisdição não poderiam repercutir negativamente na construção do direito de forma democrática. Esse questionamento coloca a inevitabilidade de se reler a concepção de Jurisdição.

Após os argumentos expostos nos tópicos que a este precedem, notadamente aquele relativo à visão de Habermas sobre a participação em processos de formação de opinião e vontade, parece ser positiva a possibilidade de se revelar nociva ao direito democrático a concretização de cláusula aberta ou de conceito indeterminado, desde que, no procedimento, não se assegurem os princípios do Devido Processo, como já referido e será reforçado no capítulo seguinte.

O recrudescimento da inserção de cláusulas abertas no Código de Processo Civil com as reformas por que vem passando, como resposta legislativa à tendência de busca de efetividade do processo, que se verifica desde o Código de Processo Civil de 1939, numa perspectiva de fortalecimento da autoridade do Estado, no exercício da função-poder judiciária, não encontra respaldo no Direito Democrático, cujo paradigma orienta as concepções de Jurisdição e Processo.

Sobre o Processo Constitucional, reafirmar-se-á sua concepção no último capítulo. Quanto à Jurisdição, num breve retrospecto sobre suas definições, observa-se que, para Chiovenda, Jurisdição se define como a

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, p. 2002, p. 8, em itálico no original)

Liebman (1980, p. 23) considera a Jurisdição como uma atividade em continuação e especificação da legislação, cuja norma jurídica se torna critério de julgamento. Apresenta duas definições de Jurisdição:

- a) como atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). e,
- b) como justa composição das lides (Carnelutti), entendendo-se por lide qualquer conflito de interesses regulado por direito e por justa a composição feita nos termos deste.

Para Liebman, as duas definições se complementam no campo civil e administrativo. Em resumo, Jurisdição é “atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. (LIEBMAN, 1980, p. 23)

O autor italiano, para estabelecer este conceito, faz considerações sobre o que seja julgar. Para ele, significa valorar um fato do passado como justo ou injusto, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando-se uma sentença, que tem caráter imperativo e eficácia vinculativa.

O juiz é obrigado a observar a lei tanto quanto todas as pessoas e, além disso, lhe incumbe a tarefa de “fazê-la observada”, “seja formulando, seja atuando a regra jurídica concreta destinada a valer nos casos particulares”. (LIEBMAN, 1980, p. 32)

Ainda a respeito do juiz, afirma ser este obrigado a aplicar a lei (de acordo com o que determina o art. 101, 2ª parte, da Constituição Italiana),⁹⁴ “da qual é o intérprete qualificado”. (LIEBMAN, 1980, p. 21) Considera a interpretação um dos momentos preponderantes da função jurisdicional, em virtude de a norma jurídica ser abstrata e genérica e a vida social, ao contrário, se apresentar dinâmica. Daí que o juiz

deve procurar entender a norma em todo o seu significado, não só em conexão com o ordenamento inteiro e suprimindo as eventuais lacunas da lei, mas também inserindo a própria norma no contexto de uma realidade social em contínua evolução e por isso cheia de exigências e valores novos. (LIEBMAN, 1980, p. 21)

Adverte Liebman que não se autoriza ao juiz atribuir à norma um conteúdo ditado por suas preferências ou valores arbitrários, mas que ele deve se esforçar para exprimir as exigências e os valores da sociedade de seu tempo de modo a alcançar a paz social.

Jurisdição é considerada “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”. (DINAMARCO, 2009, p. 315)

Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 17-29), a respeito da concepção de Jurisdição, acentua a teoria constitucional da separação dos poderes como pressuposto do princípio do Estado Democrático para dizer que essa teoria, atribuída a Montesquieu, é um mito.⁹⁵ Destaca, então, a importância de se saber, realmente, o que seja função jurisdicional do Estado, considerando a possibilidade de essa função ser reabsorvida pelos “demais Poderes, em detrimento da liberdade e das garantias dos cidadãos”. (SILVA, 1991, p. 18)

Perpassa algumas concepções sobre Jurisdição, entre elas a de Chiovenda, cujos seguidores são Calamandrei, Ugo Rocco, Antonio Segni, Zanzucchi e, “entre nós, particularmente, Calmon de Passos, Moacyr Amaral Santos e Celso Barbi” e a de Carnelutti, para quem a Jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz *dicit ius*. (SILVA, 1991, p. 20, 24)

Apresenta suas considerações a respeito das concepções apresentadas e, ao final, defende que a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz deve

⁹⁴ “Art. 101. La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.” Disponível em: <<http://www.senato.it>>. Acesso em: 22 jun. 2010. (A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes se submetem apenas à lei – Tradução livre nossa).

⁹⁵ Sobre o assunto, conferir Wieacker (1967, p. 502 et seq.).

corresponder a dois pressupostos básicos: “a) O ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função [...] b) [...] a condição é de **terceiro imparcial.**” (SILVA, 1991, p. 28, 29, grifo no original)

Elio Fazzalari, numa concepção contemporânea mais coerente com a principiologia constitucional, não apresenta um conceito de Jurisdição. Coloca-a entre as funções do Estado, as quais se complementam e ganham maior ou menor destaque conforme a necessidade estatal de atuar.

José Alfredo de Oliveira Baracho afirma:

A jurisdição é função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e específica da atividade do judiciário. Incumbido de garantir à sociedade um ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente [...] A jurisdição tem incessante expansão, à proporção que o Estado passa a tutelar novos direitos e permite a criação de instrumentos processuais para torná-los possíveis e eficazes. (BARACHO, 1984, p. 75)

Entende-se que, sob o paradigma de Estado Democrático de Direito, a Jurisdição deve apresentar uma configuração que se compatibilize com os fundamentos, com os objetivos e com os demais princípios que dão conformação a esse modelo de Estado (art. 1º a 4º da Constituição da República). Por se tratar de uma das funções do Estado, em cuja atividade, que é dever, se revela também o poder estatal, certamente a conexão entre direito e democracia deve preponderar em seu exercício. Por isso mesmo o constituinte originário cuidou de fixar as garantias processuais para que, dentro de uma conformação democrática (direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia, ao acesso ao direito — art. 5º, *caput*, e incisos LV e XXXV —, bem como à fundamentação — art. 93, IX), a eficácia do direito legítimo consubstanciado no corpo da Constituição e seu desenvolvimento — sem retrocessos — se efetive, inclusive relativamente às garantias processuais mesmas, das quais dependem a eficácia dos demais direitos.

Logo, às concepções de Jurisdição não podem faltar a referência ao princípio da juridicidade e ao princípio democrático, o que reflete na forma de seu exercício. A presença desses princípios é possibilitada pela teoria do Processo Constitucional, que assegura essa composição, de obediência aos princípios da legalidade, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa, do acesso ao direito (art. 5º da CR/88), do direito ao advogado (art. 133 da CR/88), do dever de fundamentação (art. 93, IX, da CR/88), ou seja, o direito de participação em bases normativas por meio de discurso procedimental-normativo.

Nessa linha de raciocínio, não há espaço para discricionariedade judicial na aplicação e interpretação de cláusulas abertas, assim definidas, de um modo geral, como aquelas disposições legais que permitem a circunscrição, em determinada hipótese legal, de uma ampla variedade de casos, cujas características específicas serão formadas pela via jurisprudencial e não legal.

A vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, [e aqui, incluem-se as garantias processuais] é afirmada por Ingo Wolfgang Sarlet, a qual, segundo este autor, se manifesta

por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais. (SARLET, 2009, p. 372-374)

Prossegue Sarlet observando que, para além da própria vinculação do Órgão Jurisdicional à Constituição e aos direitos fundamentais, exerce esta função relevante, pois que compete a ele o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos, estando obrigado, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. Logo, os direitos fundamentais se constituem, ao mesmo tempo, “parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito”. (SARLET, 2009, p. 373)

Portanto, a finalidade da Jurisdição não deve ser utilitarista ou centrada no Estado. Para Jürgen Habermas, dado o pluralismo social, cultural e dos projetos individuais de vida, a interpretação e a atividade jurisdicional sob a ótica constitucional “devem procurar estabelecer aquilo que é correto e, não, como defendem os comunitários, aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores”. (CITTADINO, 2009, p. 204)

Neste sentido, prossegue o mesmo autor, as normas, em virtude do seu sentido deontológico de validade, são vinculantes e não especialmente preferidos, de modo que a interpretação constitucional deve decidir “*qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores.*” (CITTADINO, 2009, p. 213, em itálico no original)

A visão de Jurisdição em bases democráticas é pressuposto para se concluir que qualquer decisão que envolva a tutela de direito — seja provisória ou definitiva — somente se legitima se houver a efetiva participação, como corolário da cidadania, e se assentar raízes em

norma constitucional ou em norma que encontre fundamento de validade na Constituição Federal.

Não há espaço vazio da lei a sugerir a discricionariedade judicial, posto que, na constitucionalidade democrática, os princípios jurídicos têm função normativa própria e, em face desta, revelam uma “*dimensão fundamentadora da ordem jurídica [...] com ‘eficácia derogatória e diretiva’*”. (DIAS, 2009, p. 281) O exercício hermenêutico é democrático e não pode ser tido como mera e exclusiva atividade judicial. Destarte, a Jurisdição, na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito é atividade-dever do Estado prestada pelos órgãos competentes” e “mediante a garantia do devido processo constitucional” (DIAS, 2004, p. 85-86). Sob essa percepção, afasta-se a possibilidade de “qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), [...] sem espaço para a discricionariedade” ou a utilização de “hermenêutica canhestra, fundada no ‘prudente (ou livre) arbítrio do juiz’”. (DIAS, 2004, p. 85-86)

5.3.1 Jurisdição Constitucional e guarda da Constituição: Uma releitura do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

A Jurisdição, na perspectiva veiculada acima, confronta a ideia de guarda da Constituição por órgão estatal.

Por outro lado, a referência à Jurisdição Constitucional, à proteção dos direitos humanos e às garantias processuais num sentido forte, de boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, contribui para o estudo de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados numa perspectiva democrática, o que se contrapõe à visão de Jurisdição Constitucional como manifestação do poder do Estado numa ótica centralizadora de poder de decisão no Estado-Juiz.

Válido, pois, nesse intervalo, tecer algumas considerações sobre a Jurisdição Constitucional, visto que, somente se observadas as garantias processuais constitucionais, como se reforçará no Capítulo 6, pode-se ter como possível a construção do direito democrático.

Como cediço, vige no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade por via de exceção e de ação⁹⁶. A via de exceção inaugurou-se teoricamente com a Constituição de 1891,

⁹⁶ Sobre o tema conferir (DIMOULIS; LUNARDI, 2011) em cuja obra é feito um exame didático e crítico do controle de constitucionalidade no Brasil, sendo de especial interesse, nesse ponto, a análise do problema dos métodos de interpretação, que podem levar a “*resultados contraditórios entre si*”, em razão de não haver critério de escolha do método interpretativo que prevalece em caso de conflito. “A leitura de decisões

que instituiu recursos para o Supremo das sentenças prolatadas pelas justiças dos Estados em última instância. O controle por via de ação teve como marco evolutivo a Constituição de 1934 e, com a Constituição de 1988, observa-se uma ampliação dessa espécie de controle — concentrado e objetivo — para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem assim no que se refere aos legitimados. (BONAVIDES, 2009, p. 325-343)

A Constituição Brasileira prevê, no art. 102, competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente (não exclusivamente), a guarda da Constituição. Assegura, pois, o controle difuso de constitucionalidade, ou seja, um poder-dever de todo e qualquer órgão do poder judiciário, a ser exercido em caso concreto em qualquer grau, desde que respeitada a cláusula de reserva de plenário, conforme art. 97 da mesma Constituição, segundo o qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Daí a íntima relação entre interpretação e aplicação de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados existentes em normas processuais e a Jurisdição Constitucional, especialmente porque, além da adaptação da regra de procedimento, ainda haverá “espaço de valoração” relativamente à compatibilidade da norma infraconstitucional com normas constitucionais, o que, não raras as vezes, envolve exame de caráter principiológico.⁹⁷

[nacionais] mostra que os tribunais não problematizam as formas de interpretação”. (DIMOULIS;LUNARDI 2011:264-266)

⁹⁷ Veja-se um exemplo: AgRg no REsp n. 1002335/RS. Relator Ministro Luiz Fux. 1ª turma. STJ, **Dje** de 22/09/2008,(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011) em que está consignado na ementa: 1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o sequestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. [...] 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional [...] 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.[...]

Significa dizer que se está a tratar de Jurisdição Constitucional quando, frente a cláusula aberta ou a conceito indeterminado, sua concretização passa por argumentação de ordem principiológica para se decidir pelo cabimento, ou não de determinada técnica, como a antecipação da tutela. Assim, forçoso buscar responder se a guarda da Constituição incumbe exclusivamente a magistrado (juiz, desembargador, ministro), membro da função judiciária do Estado, ou se, quando da concretização, deve haver abertura para a interpretação a todos os interessados, como será abordado ao final desse tópico.

O estudo do Processo Constitucional não fica restrito à técnica. Ao contrário, deve ser feita uma apreciação sobre a verdadeira natureza da função da justiça constitucional, que se efetiva por meio do Processo, e seus reflexos na ordem político-social, sendo uma das nuances da presente pesquisa a abertura do direito e o conseqüente espaço para subjetivismo do julgador, ante o desenvolvimento da interpretação constitucional.

Dimitri Dimoulis e Lunardi (2011, p. 312-339) tratam de problemas de legitimidade da justiça constitucional. Cuidam de argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial de constitucionalidade. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 316-325) Entre os argumentos contra o controle judicial de constitucionalidade, expõem a questão da subjetivação-moralização. Segundo os autores, os adeptos do controle judicial de constitucionalidade fazem duas opções teóricas que os críticos consideram equivocadas. A primeira, a adesão à teoria dos princípios jurídicos como normas de estrutura diferente daquela das regras jurídicas, o que permite o ingresso de elementos morais à interpretação jurídica e, a segunda, a adesão à teoria da ponderação de direitos fundamentais, o que permitiria declarar a inconstitucionalidade de certas opções legislativas porque seriam insuficientes, oportunizando a que o Judiciário imponha sua opinião.

Tais críticas revelam uma posição contrária ao controle judicial de constitucionalidade, na forma exposta no parágrafo anterior, porque propiciaria o aumento de poder dos juízes. Isso porque o fato de o texto constitucional ser aberto e vago, isto é, de baixa densidade normativa, “equivale à decisão de encarregar o Legislador e, em segundo lugar, o Executivo, da concretização de normas abstratas de maneira discricionária.” A decisão proferida dessa forma acaba por limitar a amplitude e profundidade do controle judicial à míngua de “critérios constitucionais objetivos para invalidar a opção do legislador”. (DIMOULIS; LUNARDI 2011, p. 319)

Sem prejuízo do restante da exposição a respeito desse ponto, trouxe-se à conferência esse aspecto do subjetivismo e do moralismo jurídico por se tratar de um enfoque que é objeto de oposição nessa pesquisa, no que se refere à “livre apreciação do Estado-Juiz”, inclusive na

seara constitucional, na interpretação e aplicação de cláusulas abertas, não por se pretender colocar-se contra o controle judicial de constitucionalidade, mas por se buscar uma condição de possibilidade teórica de sua efetivação em bases democráticas.

A busca da condição democrática de exercício da função judiciária do Estado inclui, no âmbito do exame do Processo Constitucional,⁹⁸ o problema da “autocriação” a que se referem Dimoulis e Lunardi (2011, p. 244-248). É que a flexibilização da técnica por meio de cláusulas abertas permite que o Estado-Juiz estabeleça normas e padrões que ele mesmo deve seguir. E, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal se vale da autocriação processual para criar “filtros processuais que limitam o alcance do controle de constitucionalidade”. Em outros casos, o mesmo Tribunal utiliza seus “poderes legislativos para ampliar suas competências ou a vinculatividade de suas decisões”. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 255)

Além disso, outra questão é particularmente importante à presente pesquisa. Diz respeito à possibilidade de mutação constitucional por meio da interpretação. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 292 e 293) Sem embargo de se controverter sobre se seria juridicamente possível tal ocorrência em face de uma Constituição rígida, ainda remanesce a questão da legitimidade dessa mutação, isto é, a indagação sobre se seria legítimo uma “assembleia de especialistas” alterar o sentido de norma constitucional, seja em razão da mudança de significado do enunciado normativo pelo decurso do tempo ou uma modificação relacionada à alteração de fatores sociais, sem submeter a questão a uma “situação ideal da fala”, ou seja, ao mais amplo e irrestrito diálogo, abrindo-se a oportunidade de manifestação aos mais diversos setores da sociedade que se interessarem em fazê-lo, em prazo fixado igualmente para todos e conferida a devida publicidade,⁹⁹ de forma que os partícipes dessa discussão se sintam coautores da decisão que possa adquirir alcance de tamanha envergadura.

⁹⁸ É importante mencionar aqui que a expressão “processo constitucional” utilizada por Dimitri Dimoulis não tem o mesmo sentido que a usada na dissertação, que se baseia na percepção de Baracho (1984) e na configuração dada pela Constituição Brasileira de 1988, como um instituto jurídico-constitucional, abstrato, que tem contornos teóricos principiológicos que o definem, orientam as normas de procedimento (técnica) e vinculam o exercício da Jurisdição, e que são tidos também como garantias processuais, aqui aplicadas ao Processo Civil, âmbito da pesquisa, quais sejam: legalidade (art. 5º, II), igualdade (art. 5º, *caput*), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), fundamentação (art. 93, IX), duração razoável (art. 5º, LXXVIII), juízo natural (art. 5º, LIII), devido processo legal (LIV). Contudo, quanto à abstração, Dimitri a acentua. Faz referência, também, a Baracho (1984), relativamente a estudo precursor no cenário jurídico brasileiro a respeito da problemática do controle de constitucionalidade. (DIMOULIS; LUNARDI, 2001, p. 2, 15)

⁹⁹ A exemplo da técnica alemã que está inspirando a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, a figura de *Musterverfahren* que gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando, necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu (Cf. ROSA, 2010). Embora não se trate de controle de constitucionalidade, a publicidade e a amplitude do debate naquele procedimento deve servir de exemplo e interessar também ao controle objetivo, dado o efeito *erga omnes* e vinculativo da decisão do Supremo Tribunal Federal. Na técnica alemã, admitido o procedimento-modelo pela Corte de primeiro grau, publica-se em um registro (ou cadastro) especial tanto o processo originário quanto o

Passa-se a fazer aqui uma breve passagem pelo pensamento de Hans Kelsen, (2007, p. 237-298) sobre quem dever ser o guardião da Constituição, com a exposição da crítica que faz a Carl Schmitt (2007), para observar-se que, sob o paradigma atual de Estado, nenhuma daquelas teorizações se sustenta. Ou seja, aproveitam-se as razões teóricas daquele debate para construir um entendimento sob outro paradigma.

Hans Kelsen, em texto escrito em 1930, defende que deve ser a Jurisdição Constitucional a responsável pela guarda da Constituição, embora não deixe de considerar o perigo de criação do direito decorrente da conservação, por órgãos de aplicação do direito, mesmo aqueles subordinados, que não têm um poder quase ilimitado de fazê-lo, de um poder discricionário na aplicação de princípios não traduzidos como normas de direito positivo e que encerram uma ideologia política corrente, como os ideais de justiça, liberdade, igualdade e moralidade. (KELSEN, 2007, p. 237-298)

Esses ideais carecem de valoração, cuja concepção acerca de seu alcance será indicada conforme o ponto de vista daqueles que realizam tal valoração, o que permite que qualquer regra de direito seja justificada por um dos princípios possíveis no caso. (KELSEN, 2007, p. 167, 168)¹⁰⁰

Faz uma crítica à proposta de Carl Schmitt (2007), de que o chefe de Estado deveria ser o único guardião da Constituição. É que Kelsen foi o precursor da ideia de criação de uma Corte Constitucional, único órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, num modelo de controle concentrado, o que se tornou realidade, inicialmente, na Constituição austríaca de 1920, e, posteriormente, em várias constituições europeias. (KELSEN, 2007, p. VIII)

No texto “A Jurisdição Constitucional” (KELSEN, 2007, p. 121-186), trata do tema da garantia jurisdicional da Constituição. Expõe, numa primeira parte, a natureza jurídica dessa garantia e, em seguida, busca, sob um enfoque mais prático, os melhores meios de concretizá-la, valendo-se, para tanto, de suas experiências como membro e relator permanente da Suprema Corte Constitucional da Áustria. Defende a compatibilidade da existência de uma Corte Constitucional com o princípio da separação dos poderes (ou melhor, das funções do Estado). Segundo ele, antes de a instituição da Jurisdição Constitucional entrar em contradição com tal princípio, ela o afirma.

procedimento aceito, tudo com acesso pela *internet*. O registro público dá ciência ampla aos demais processos pendentes e para todos os demais litigantes em potencial que possam desejar aderir ao procedimento-modelo, o que deverão fazê-lo em igual prazo assinalado para todos.

¹⁰⁰ Eis o ponto de contato com o objeto dessa pesquisa sobre ser, o direito, poder, o que é tratado por Ada Pellegrini Grinover (2010) e por Norberto Bobbio (1986).

Na parte em que interessa mais ao presente estudo, o autor caminha no sentido de que a delegação de valores que a própria Constituição traz ao invocar os ideais supracitados [equidade, justiça, liberdade, igualdade e moralidade] e o fato de os órgãos de criação do direito não estarem dispensados de aplicá-los, faz com que tais “fórmulas”, no domínio da Jurisdição Constitucional, possam desempenhar um “papel extremamente perigoso”. E exemplifica: Esses ideais podem ser tidos como diretivas concernentes ao conteúdo das leis, mas isso só ocorreria se a própria Constituição estabelecesse uma direção precisa, “se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer”. Como isso não ocorre, o risco é de o Tribunal anular uma lei (por inconstitucionalidade), considerando-a injusta. Para tanto, a Corte precisa se valer de uma concepção de justiça própria e que poderia estar em “total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente [de acordo] com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei”. E isso representaria uma força insuportável do tribunal. (KELSEN, 2007, p. 169)

Dáí não se segue, ainda segundo Kelsen, que a Constituição pretendesse, com o emprego de palavras tão imprecisas (como justiça, equidade, moralidade...) deixar a cargo de um “colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político” a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento. (KELSEN, 2007, p. 169) Assim, para evitar esse deslocamento de poder

que ela [a Constituição] com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político — do Parlamento para uma instância a ele estranha e que pode se tornar representantes de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los de forma mais precisa possível. (KELSEN, 2007, p. 169-170)

Essas colocações são de suma importância para essa dissertação, posto que, embora não se esteja a dedicar atenção especificamente ao tema da Jurisdição Constitucional e a suas peculiaridades, tais preocupações reveladas pelo ilustre nome da Teoria do Direito ainda persistem — e talvez com maior veemência — quando considerada a existência de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados que demandam interpretação que, não raras vezes, se faz à consideração de princípios conforme a compreensão e o sentimento do magistrado.

Carl Schmitt (2007) postula que o guardião — o intérprete autorizado — da Constituição é, ou deve ser, o chefe de Estado, ou o presidente do *Reich*. Propõe a teoria do direito público do poder neutro. Defende, em síntese, que “as divergências de opinião e

diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente”. (SCHMITT, 2007, p. 193) Para o autor, as divergências poderiam ser eliminadas por um poder superior, mais forte, mas esse não seria um guardião da Constituição, mas sim um senhor soberano do Estado. Ou então poderia haver conciliação por meio de um terceiro neutro, situado não acima, mas ao lado de outros poderes constitucionais, “mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares”. (SCHMITT, 2007, p. 193) Assim seria possível um equilíbrio, cuja atividade desse terceiro neutro somente viria a se efetivar em caso de emergência. Não concorreria com os demais poderes, no sentido de expansão do próprio poder.

Em relação à Constituição de Weimar, explicita:

Conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulador e preservador. O presidente do Reich está munido de poderes que o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros dependentes da confiança do parlamento. (SCHMITT, 2007, p. 201)

Centrado nesse ideário, Schmitt finaliza sua obra com a proposta de um embasamento democrático da posição do Presidente do *Reich*. Para alcançar essa finalização, ele constrói seu entendimento rechaçando a possibilidade de se transferir, para um tribunal constitucional, a competência para decidir divergências de opinião sobre o conteúdo de uma norma constitucional.

De um modo bem simplista, pode-se dizer que, para Schmitt, um tribunal especial do Estado é apenas uma das instituições responsáveis por “guardar” a Constituição, sem descurar, também, quanto à limitação da “judicância”. Daí defender que os tribunais não são guardiães, em um sentido preciso.

A respeito da independência — numa leitura que toca ao juiz — Schmitt reafirma seu pensamento sobre a vinculação judicial à lei. Para ele, o fato de a justiça ter que decidir, ainda que ante disposições contraditórias, mas mantendo-se vinculada à lei, e de antepor sua vinculação a uma norma constitucional à vinculação a uma lei ordinária não a torna guardião da Constituição. E que a observância do “princípio geral da legalidade e, com ele, também o da constitucionalidade não constitui nenhuma instância especial”, senão, na sua ótica, e se acolhida ideia em contrário, cada departamento público poderia ser avistado como guardião, assim também em cada cidadão um eventual guardião da Constituição, o que algumas constituições acabam por expressar [...]. (SCHMITT, 2007, p. 31)

E prossegue afirmando que aquele direito de guardar a Constituição resultaria tão somente num direito geral à insubordinação e à resistência. Mas, para o autor, a função constitucional de guardião da Constituição — que atribui ao presidente do *Reich* — visa exatamente a “*substituir esse direito de insubordinação e de resistência, geral e ocasional, e torná-lo supérfluo. Só então passa a existir um guardião da Constituição no sentido institucional*”. (SCHMITT, 2007, p. 32)

Conclui esse ponto afirmando que é por isso mesmo que não considera os tribunais como guardiães da Constituição. Porque, para ele,

não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não-aplicação de leis anticonstitucionais ou pela não-obediência a disposições anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente”. (SCHMITT, 2007, p. 32).

Busca, em defesa de sua tese, a ideia da totalidade, do todo da unidade política, como oposição aos agrupamentos pluralistas da vida social e econômica. Essa concepção, contida na Constituição de Weimar, de os funcionários públicos serem servidores da totalidade (art. 130); de os deputados serem representantes de todo o povo (art. 21) indica uma superioridade sobre semelhantes agrupamentos.

Mas, em comparação, é possível distinguir a posição que compete ao presidente do *Reich*, que se encontra no “centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária”. (SCHMITT, 2007, p. 232) E isso, ao se referir a vários dispositivos da Constituição de Weimar que lhe outorgam competências inúmeras, a exemplo do art. 48, e que, segundo ele, tem o objetivo de

criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal [...] e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição [...] O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão [...] (SCHMITT, 2007, p. 233)

O Presidente do *Reich* é que, em virtude da neutralidade, funcionaria como contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos, vez que teria o poder e defenderia a unidade do povo como uma totalidade política.

Schmitt frisa que a Constituição de Weimar busca, portanto, conferir autoridade ao presidente do *Reich* para que ele possa se unir à vontade política da totalidade do povo alemão para, assim, guardar a unidade e totalidade constitucionais.

Hans Kelsen (2007, p. 237-298) critica essa teoria proposta por Karl Schmitt. Repisa a questão da busca político-jurídica de garantias da Constituição, posto que, como assevera, se esta não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, “as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido.” (KELSEN, 2007, p. 239-40) E prossegue afirmando que a um ponto ainda não foi dado o devido enfoque: Se se deve mesmo ser criada uma instituição por meio da qual certos atos de Estado mereçam o controle de conformidade com a Constituição, particularmente os atos do Parlamento e Governo, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos, cujos atos devam ser controlados.

E já acirrando a crítica que faz à posição de Carl Schmitt, afirma que a função política da Constituição é estabelecer limites ao exercício do poder e garantia da Constituição, significando a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Logo, parece isento de dúvidas que a instância menos idônea para realizar esse controle seria aquela a quem a própria Constituição confia o exercício do poder; quem primordialmente tem a “oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.” (KELSEN, 2007, p. 240)

Kelsen prossegue sua teorização afirmando que a defesa da tese do princípio monárquico por representantes do constitucionalismo do Século XIX, ou seja, de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, não passava de uma ideologia para mascarar a busca de compensação da perda de poder pelo monarca na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. E, em favor da concepção de que somente o governo poderia ser o guardião da Constituição, cria-se a doutrina de que o monarca é “uma terceira instância, objetiva, acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos de poder [Parlamento e governo] e detentor de um poder neutro.” (KELSEN, 2007, p. 241)

Kelsen conclui que a tese proposta por Carl Schmitt não se sustenta. Ele justifica que Schmitt não comprova ser o chefe de Estado o órgão mais indicado para a função de controle constitucional, posto que, quanto à independência e à neutralidade, não haveria qualquer vantagem em relação a um tribunal constitucional. Isso porque o fato de a eleição do chefe de Estado se dar sob alta pressão político-partidária, embora seja um método democrático, não garante independência. Para Kelsen, enxergar na eleição uma garantia de independência é fechar os olhos para a realidade, reportando-se à questão de luta entre grupos, maiorias e minorias.

Por outro lado, chama a atenção para o evidente caráter ideológico da interpretação de Carl Schmitt, de que a solução é que “o presidente do *Reich* seja o guardião da Constituição,

pois ele, eleito por todo o povo, está destinado a ‘defender a unidade do povo como um todo político’”. Segundo Kelsen, é fictícia essa ideia de unidade, dado o efetivo e radical contraste de interesses que existe, por exemplo, na realidade do conflito de classes que está por trás destes. Ou seja, a tentativa de Schmitt é tomar ideologia por realidade.

Kelsen se vale, ainda, de outro argumento para mostrar a contradição da teoria de Schmitt e em favor de um tribunal constitucional, no sentido de que milita contra a proposta de ser o *Reich* o guardião da Constituição o fato de Schmitt entender que não seria lógico confiar essa função adicional — de guardião da Constituição — a um dos poderes existentes “pois em tal caso esse poder ganharia preponderância sobre os outros e poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle, tornando-se o senhor da Constituição”. Daí a razão de se introduzir um poder neutro — o do chefe de Estado — ao lado dos outros poderes. Então, indaga Kelsen se não seria o chefe de Estado um dos poderes existentes.

Soma-se a essas a crítica que Hans Kelsen faz à interpretação de Schmitt ao art. 48 da Constituição de Weimar, o qual serviu de amparo para que o Presidente do *Reich* editasse inúmeros decretos com força de lei [similares às Medidas Provisórias no Brasil], justificados na necessidade, cuja utilização imprópria “foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã e se preparou o advento do regime nacional-socialista.” Menciona ainda que “a Constituição austríaca semifascista de 1934 foi promulgada por um decreto do governo (de 24 de abril de 1934, livro I, 239).” (KELSEN, 2007, p. 299-319)

Reporta-se também a outro fato histórico de grande importância para esse estudo, que é o de que a reforma da Constituição austríaca em 1929 alterou a forma de eleição dos membros da Corte Constitucional, que deixou de ser Parlamento para ser por indicação do executivo o que, segundo ele, dissolveu a velha Corte e a substituiu por membros, quase todos “correligionários do executivo”. Essa foi uma evolução que “levou ao fascismo, sendo responsável pelo fato de não ter havido resistência contra a anexação da Áustria pelos nazistas”. (KELSEN, 2007, p. 306-307)

Sem prejuízo de maior aprofundamento no tema das Cortes Constitucionais e de suas funções, bem como da posição de Hans Kelsen, a qual se limitou à busca de um controle concentrado de constitucionalidade, cuja proposição surge em um contexto constitucional autoritário; e, ainda, de o autor ser tributário de uma concepção de discricionariedade judicial, como oportunamente tratado, interessa a esse estudo as objeções de Hans Kelsen à proposta de Carl Schmitt dentro de uma percepção de Constituição como criação e ao mesmo tempo limite de poder, bem como da teoria de freios e contrapesos.

Esse ingresso no debate entre Schmitt e Kelsen dá mostra de que suas visões não se amoldam a um paradigma de Direito Democrático como o previsto na Constituição do Brasil, porque não caminham, ainda, até em razão do paradigma de direito vigente à época de elaboração daquelas ideias, por volta de 1930, numa perspectiva de efetiva participação na aplicação do direito, de modo a permitir, pelo menos, a aproximação de um equilíbrio de forças, assegurado o direito de influência na decisão por meio da linguagem num espaço público teorizado, ou seja, sob a percepção do Processo Constitucional.

Pretende-se responder à mesma indagação “Quem deve ser o Guardião da Constituição” como um dos enfoques a propósito da discricionariedade judicial, sob a ótica do Direito Democrático, dado que o Código de Procedimentos traz cláusulas abertas que propiciam tal ocorrência, a exemplo do princípio do livre convencimento motivado (art. 131). Esse princípio, aliado a outras disposições, por exemplo, a irrecurribilidade de decisão que não conhece recurso extraordinário, se o Tribunal entender que não há repercussão geral da questão constitucional nele veiculada (102, III, § 3º da Constituição e art. 543-A do Código de Processo Civil); a possibilidade de deferimento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade, e de modulação de efeitos, por razões de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27 da Lei n. 9.868/99); ou em casos como o de suspensão de medida liminar (Lei n. 8.437/92) e de antecipação de tutela em Ação Civil Pública (art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85) com fundamento em manifesto interesse público, em virtude de ocorrência de “grave lesão à segurança ou à economia públicas”, não deixa de permitir a discricionariedade no sentido daquele espaço de livre apreciação, um espaço residual, em que cabe aos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou demais membros da magistratura, conforme o caso, preenchê-los na situação concreta para atender à missão de “guardar” a Constituição.

Com efeito, constitui-se também em finalidade da presente pesquisa propor se há base teórico-constitucional para atribuir a algum órgão ou a alguma instituição pública a tarefa de, por meio de seus membros, “guardar” a Constituição, a partir de uma estrutura normativa previamente produzida, desde que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, como fundamentos de um Estado Democrático de Direito que se deseja seja efetivado, a soberania popular e a cidadania. Logo, parece ser negativa a resposta.

6 DIREITO DEMOCRÁTICO E CLÁUSULAS ABERTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR E NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO, PL N. 8.046/2010

O Processo Civil vem sofrendo a influência da técnica de legislar de forma aberta, fluida e vaga, não casuística, notadamente sob o fundamento de busca de efetividade, como tratado no Capítulo 2. A partir do ano de 1994, o ingresso de cláusulas dessa natureza no Código de Processo Civil se intensificou, ao argumento da necessidade de flexibilização da técnica, de modo que as previsões do Código permitam o atendimento às especificidades do caso concreto.

Podem ser considerados marcos da técnica de legislar de forma aberta no Direito Processual Civil brasileiro os arts. 798 (poder geral de cautela), 273 (tutela antecipada), 461 (cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer), 558 (poderes do relator), 621, parágrafo único (fixação de multa diária), todos do Código de Processo Civil em vigor, por traduzirem mandatos ou delegação de poderes ao juiz. Também o art. 1.109, o qual preceitua que o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. Os arts. 798 e 1.109 vêm da redação originária do Código. Os arts. 273 e 461 foram introduzidos pela Lei n. 8.952/94. O art. 558, pela Lei n. 9.139/95 e o art. 621, pela Lei n. 10.444/2002.

Tal técnica implica na necessidade de integração da norma ao caso e aqui reside o perigo de entrada de argumentos não jurídicos e não submetidos ao prévio debate. Ao que se alia a forma de redação do texto legal, conferindo delegação ao Estado-Juiz para decidir. Por isso a importância de que as normas processuais — e isso é de ser observado num momento de elaboração de novo Código de Processo, que traz uma parte geral com princípios que vão nortear a interpretação das demais regras procedimentais — tracem uma linha diretiva conectada com a construção de um Direito Democrático. Não se trata, pois, de um ou outro artigo da lei, mas de um conjunto de disposições legais que revelem a ideologia, num sentido positivo do termo, de conexão com a Constituição da República, indicando-se uma forma de construir e reconstruir o direito para o caso que se alinhe aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

É perceptível, no entanto, nas reformas empreendidas no Código de Processo Civil assim como no Projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados, PL n. 8.046/10, a acentuação da concentração de poderes no Estado-Juiz.

Diante dessa ideologia de protagonismo judicial, a tendência é a revelação de uma discricionariedade num sentido forte, como proposto por Dworkin (2002), visto que o grau de

liberdade conferido ao juiz, por legislação produzida democraticamente, é muito grande, o que redundava em espaço de poder e de autoridade que traz consequências nefastas, reveladoras de retrocesso às conquistas de garantias processuais constitucionais que, em tese, propiciam condições de possibilidade de construção de um Estado Democrático.

Não obstante, o Projeto de Lei n. 8.046/10 reafirma essa tendência, ao dispor, no art. 118, inciso V, que incumbe ao juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-as às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico. Ao que se soma a previsão do art. 358, da possibilidade de o juiz, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-a à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, em decisão fundamentada e observado o contraditório. A leitura dessas previsões à luz do art. 6º do mesmo Projeto dá a dimensão do poder que é conferido ao Estado-Juiz, porque — sem embargo da não recepção do disposto no art. 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, repetido no referido art. 6º — aquele dispositivo de lei autoriza que o juiz embase sua decisão em critérios indemarcados no corpo do procedimento, isto é, não submetidos ao debate, uma vez que “fins sociais” e “exigências do bem comum” são expressões, cujo preenchimento não prescinde de valoração e dependência da pré-compreensão do intérprete.

Não bastasse, o art. 355 do Projeto n. 8.046/10 prevê que o juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento. Ora, a conformação democrática do direito a ser reconstruído para o caso não autoriza tal previsão legal. Primeiro, porque a apreciação da prova só pode ser participada com os interessados. Logo, concorre para essa valoração a prova produzida e os argumentos das partes relativamente a ela, o que significa não bastar que o juiz indique as que lhe formaram o convencimento. Além disso, deve fundamentar porque aquela outra prova, ou aquelas outras, não foram consideradas e as que foram, quais as razões dessa escolha. Ou seja, não se coaduna com o Direito Democrático mera referência a que o juiz não está obrigado a analisar todos os argumentos das partes.¹⁰¹

¹⁰¹ Contudo, essa é uma posição, se não pacífica, majoritária nos tribunais. A título ilustrativo: Pelo Supremo Tribunal Federal: RE n. 556543-ED/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie, **DJe** de 17.05.2011, em cuja ementa está consignado: “2. Inexistência de omissão a sanar. O relator não está obrigado a apreciar todos os argumentos apresentados pelo recorrente, se os fundamentos de que se serviu são suficientes para embasar a decisão. Precedentes.” (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 jan. 2012) Pelo Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp n. 53280/SP. Relator Mauro Campbell Marques. 2ª Turma, **DJe** de 13.12.2011: “Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.” (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 jan. 2012)

O art. 6º da Parte Geral do Projeto de novo Código de Processo Civil prevê, portanto, incumbir ao Juiz, ao aplicar a lei, observar os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Essa previsão, insista-se, corresponde à do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e que não foi recepcionada pela Constituição Brasileira. Em relação às tutelas de urgência, o Projeto de novo código amplia a autorização para que o magistrado possa concedê-las até mesmo de ofício,¹⁰² em “casos excepcionais” ou expressamente autorizados por lei, o que evidencia uma crença de que o juiz estaria, em razão de sua autoridade, melhor aparelhado para dizer quais os casos seriam excepcionais, invulgares, extraordinários.

O texto do art. 270 do Projeto n. 8.046/10 faculta ao juiz determinar medidas “que considerar adequadas”, quando houver “fundado receio” que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra “lesão grave e de difícil reparação”. Não há uma determinação de que o Juiz deverá determinar medida pleiteada quando preenchidos os requisitos legais, mas que o juiz poderá determinar ou não.

Assim, observa-se que o art. 270 delega poder ao juiz de determinar, ou não, medidas que considerar adequadas, conforme a situação concreta que estiver por trás do requerimento. O convencimento do juiz dependerá da averiguação da existência, ou não, dos requisitos legais: fundado receio de dano e se esse é de difícil reparação. A constatação da presença desses requisitos patenteia, ainda, a indispensabilidade de “preenchimento” do sentido das expressões “receio de dano” e “de difícil reparação”. Ou seja, dentro da concepção de cláusula aberta e de conceito jurídico indeterminado exposta no Capítulo 2, percebe-se que o art. 270 contém ambos, porque a hipótese legal abriga conceitos dependentes de preenchimento para sua concretização e não estão previstas, ainda que exemplificativamente, as medidas a serem determinadas, nem mesmo algum caso que se amoldaria à espécie.

O art. 276, do mesmo Projeto de Lei, exige, para a concessão de tutela de urgência, que estejam presentes elementos que evidenciem a plausibilidade do direito. Contudo, esse requisito também acaba por deixar nas mãos do Estado a definição sobre se as provas trazidas pelo requerente, que se submeterão a uma avaliação sumária, indicam ou não ser crível, provável, verossímil o direito, a qual dependerá, ainda, em havendo alguma divergência teórica sobre esse direito, da posição do Estado-Juiz, o que, indubitavelmente, coloca o “saber” do magistrado, seu senso comum teórico, como componente da decisão judicial.

¹⁰² Para uma visão de concessão de medida de ofício e, em contraponto, de legitimidade decisória, conferir Dhenis Cruz Madeira (2009, p. 74).

A leitura dessa proposta legislativa de novo Código, sob a ótica constitucional, não pode prescindir de consideração à efetiva participação daqueles que se sujeitarão aos efeitos do provimento na formação da decisão antecipatória dos efeitos do provimento final. O art. 10 da Parte Geral do Projeto de Lei n. 8.046/2010 determina que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. Mas o art. 9º, que também determina a oitiva da parte antes de se proferir sentença ou decisão contra quaisquer delas, ressalva a hipótese de se tratar de medida de urgência ou concedida com o fim de evitar o perecimento de direito.

Significa, pois, que, em casos de tutela de urgência concedida *inaudita altera parte*, aquele que sofrerá os efeitos do provimento antecipatório sequer terá aduzido suas razões. De forma que, para minimizar uma posição estatal autoritária, a observação do Devido Processo é inadiável. Pode-se solidificar a dialogicidade, na suposição *supra*, a incidência da norma contida no texto do art. 476, parágrafo único, do mesmo projeto de lei, que considera como não fundamentada a decisão que empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; que invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão ou que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

E mais, a do parágrafo único do art. 477, segundo a qual, se a sentença se fundamentar em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.¹⁰³

A essas previsões legais, dos arts. 476 e 477, para se alinharem à ótica da construção do direito de forma democrática, deverá ser incluída a exigência de que o estabelecimento do sentido em que as normas estiverem sendo compreendidas se dê conjuntamente com aqueles que virão a ter sua esfera jurídica atingida pelo provimento, porque não se acolhe aqui a posição de que essa tarefa estaria reservada ao Estado-Juiz, como “dono do saber oficial”; bem como não se adota a concepção de unicidade de sentidos dos termos normativos, de homogeneidade de pensamento e de valores éticos e morais. Portanto, não se aceita como adequada ao Estado de Direito Democrático uma atribuição de sentido imposta com base no lugar da fala de quem apresenta sua interpretação e aplica a lei, sem considerar a perspectiva do outro, conforme tratado no Capítulo 3, especialmente nos itens 3.3 e 3.4.

¹⁰³ Observa-se que a proposta legislativa opera distinção entre conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos. Sobre o ponto, conferir as considerações feitas no Capítulo 2, Subitem 2.2.

Mas, desde que observadas as exigências de fundamentação descritas nos arts. 476 e 477 do Projeto, pelo menos está-se a mitigar a possibilidade de atuação discricionária do juiz diante da cognição sumária nos casos das tutelas de urgência que podem ser deferidas, inclusive, com contraditório diferido, como está expressamente previsto. Significa dizer que as regras dos citados artigos sobre a fundamentação aproximam a decisão do respectivo controle, ao determinar que o Estado-Juiz deixe expressa a relação entre o conceito jurídico indeterminado ou vago e os fatos, o motivo concreto de sua incidência no caso e a exposição analítica sobre em qual sentido foram compreendidas as normas.

Reafirme-se que, sob a ótica dessa pesquisa, a fundamentação relacionada aos fatos — provas — e à compreensão das normas deve ser produto de uma construção conjunta, à consideração do discurso das partes, sob a informação do Devido Processo, porque, a se dar de forma solitária ainda resta comprometido o exercício democrático da Jurisdição.

Autores nacionais reconhecem que, indiscutivelmente, as cláusulas abertas reforçam o poder criativo da atividade jurisdicional¹⁰⁴ e, por outro lado, revelam a preocupação com os limites dessa criatividade.¹⁰⁵ Isso porque, diante de cláusulas que apontam exclusivamente as características mais marcantes da situação empírica em que a norma deve incidir, fica extremamente difícil resolver o problema dos limites da criatividade. Numa cláusula aberta há sempre valores incorporados e elas exercem o papel de “poros” ou de janelas abertas para a mobilidade da vida em sociedade. Daí estar-se aqui diante de um fenômeno mais complexo do que a inclusão de conceitos vagos na norma.

¹⁰⁴ É pertinente abrir-se um parêntese para destacar a leitura que o professor Luis Roberto Barroso faz sobre o ativismo judicial, já que o capítulo envolve efetivamente essa questão. De acordo com Barroso, a locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. [...] Normalmente, no entanto, ativismo judicial é empregado para criticar uma prática judicial que deve ser evitada pelos juízes e que merece a oposição do público. Afirma que não se trata de um conceito monolítico e aponta cinco sentidos em que o termo tem sido empregado no debate americano, no geral com uma conotação negativa: a) declaração de inconstitucionalidade de atos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais; b) ignorar precedentes aplicáveis; c) legislação pelo Judiciário; d) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e e) julgamentos em função dos resultados. (BARROSO, 2011).

¹⁰⁵ Nesse sentido, Wambier (2009, p. 102, 161). Também a propósito da concentração de poderes de decisão no magistrado como indicativa de um inexplicável retorno à teoria processual de Oskar Von Bülow (NUNES, 2009). Dierle Nunes trata da teoria de Bülow nas bases da socialização processual. Apresenta a linha teórica do alemão, que gerou a autonomia do estudo do direito processual em sua célebre obra “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” e aponta como maior crítica à teoria da relação jurídica o encaminhamento do protagonismo judicial, que conduz ao “solipsismo judicial e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um sistema moderno de funcionalização do sistema jurídico”. É que, em várias passagens da obra de Bülow, extrai-se a revelação de uma aplicação subjetiva do direito pelo juiz; de uma atuação judicial guiada por um “sentimento jurídico pulsante no povo” que criaria o direito mesmo *contra legem* (NUNES, 2009, p. 101-102). André Cordeiro Leal procura demonstrar a repercussão teórica da concepção do processo preconizada por Bülow, como “relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes” (LEAL, 2008, p. 60). Essas exposições conduzem à percepção da incompatibilidade da teoria de Oskar Von Bülow com o Direito Democrático.

Todavia, é de se observar que, mesmo os autores que não acolhem a discricionariedade, acabam por admitir um comportamento judicial que a tolera, na perspectiva elaborada nessa pesquisa, como veiculado no Capítulo 4, dado admitirem que a questão se insere no âmbito da interpretação.

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 ao modelo abstrato —, o cuidado de “preencher os claros”, de cobrir os “espaços em branco”. [...] Na fixação dos conceitos jurídicos 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 frequência, a formulação de *juízos de valor*. Exemplo frisante é o dos “atos contrários à moral e aos bons costumes” [...] Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da discricionariedade. (MOREIRA, 1988, p. 64, 65)

José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 61-72) explicita que, não raro, o juiz se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias. Não, contudo, em se tratando de conceitos indeterminados que integram a descrição do fato (*tatbestand, fattispecie*). A discricionariedade se situa no campo dos efeitos. Nesse raciocínio, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa, isto é, desde que constatada, *in concreto*, a coincidência, ou não, 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”. (MOREIRA, 1988, p. 66)

Conforme já se acentuou, sem prejuízo da distinção precisa entre cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, o ponto sobre o qual se debruça nessa pesquisa diz com a abertura para a interpretação e “preenchimento” de supostos espaços vazios em detrimento da construção legítima do provimento judicial.

Por outro lado, também como já mencionado, o Projeto de Código de Processo revela a preocupação com a fundamentação do Estado-Juiz, ao proferir provimento no qual se empreguem “conceitos jurídicos indeterminados”, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, bem assim determina que seja exposto, analiticamente, o sentido em que normas que contiverem “conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos” foram compreendidas, como se extrai do texto dos arts. 476 e 477.

As exigências de fundamentação contidas em citados dispositivos representam um avanço em relação à legislação em vigor, notadamente se feita leitura conjunta com o art. 7º e com o art. 10 do mesmo Projeto, os quais deixam também expresso no Código — além da previsão constitucional — o direito ao contraditório, a que as partes sejam ouvidas e tenham a

oportunidade de se manifestar, caso assim o queiram, sobre qualquer fundamento com base no qual o Estado-Juiz venha a proferir a decisão.

Novamente se destaca a importância de os sujeitos do processo construírem a decisão para o caso, conjuntamente, de modo que a aplicação das regras de direito aos fatos aduzidos e às respectivas provas e a fixação do alcance dos conceitos legais se dêem de forma conectada aos argumentos compartilhados a partir dos fatos ocorridos e efetivamente comprovados, de forma contextualizada e com respeito aos pontos de vista dos interessados e não por meio de uma leitura feita por órgão oficial de forma autoritária, quer dizer, a partir de um saber pressuposto na textualidade dos princípios e regras jurídicos, que silencia e desmancha a autonomia do homem.

Nesse ponto, cai perfeitamente a lição de Luis Alberto Warat (2002, p. 323-332), para quem o positivismo jurídico tenta impor uma ideia de racionalidade da ciência jurídica que separa o racional do fazer cotidiano. Portanto, prega uma visão permissiva da supressão do caráter politicamente democrático do desejo cotidiano. Ao glorificar o caráter gnoseológico da ciência do direito, “disciplina e estabiliza, autoritariamente, a guerra das significações”. A ideia de autonomia da ciência é diretamente proporcional à perda de autonomia dos sujeitos. E desabafa: “Para o positivismo os valores do homem não podem ser os valores da ciência, em troca, os valores da ciência impõem-se como valores do homem”. (WARAT, 2002, p. 327)

Por isso, é preciso cuidar para que não se confunda o desejo do homem com o desejo conceitualizado. E a forma de se privilegiar ou de se permitir que o homem manifeste seus desejos, que exerça sua autonomia e se sinta coautor da própria norma objeto de aplicação no Processo Judicial, é que este possa ser qualificado como um espaço público democrático que ouve e não faz calar exatamente por meio do assecuramento da eficácia dos princípios constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação racional.

Assim é que fundamentação constitucionalmente adequada de provimento não é aquela veiculada por meio de tese jurídica e de remissão a conceitos predeterminados, a compreensões previamente fixadas, mas baseada no debate, nas provas produzidas de forma participada,¹⁰⁶ cuja interpretação dos textos legislados de incidência no caso seja aberta, de forma igualitária a todos os envolvidos e considerada pelo Estado-Juiz.

Dá se revelar, por outro lado, a repercussão da técnica de legislar de forma aberta e mais, de se defender o objetivo de que elas deixem campo de atuação aberto ao Estado-juiz.

¹⁰⁶ Como proposto em Tavares e Cunha (2010).

6.1 A efetiva participação dos interessados no *iter* procedimental como fator de legitimação do provimento judicial: A teoria do Processo Constitucional

A ideia de efetiva participação e legitimação de provimento está aqui ligada à teoria do Processo Constitucional de Alfredo Baracho (1984) e à teoria procedimentalista de Jürgen Habermas (2003). Da teoria de Jürgen Habermas cuidou-se no tópico 5.2.3 da presente dissertação.

Quanto a Alfredo Baracho, inicia sua obra (1984, p. 1) referindo-se aos elementos nos quais são encontradas as origens do Processo Constitucional Moderno e que são a “teoria dos controles constitucionais, da teoria da inconstitucionalidade, da declaração de inconstitucionalidade, revisão judicial da constitucionalidade das leis”. Vê o controle dos poderes públicos como necessário para conciliar liberdade e autoridade.

Os sistemas ou instrumentos de controle, que se efetivam por meio de mecanismos ou técnicas que visam a assegurar que os detentores do poder atuem dentro da Constituição e das leis, constituem tema essencial na oportunidade em que o Estado Contemporâneo, ao lado das críticas que lhe são postas no que toca à sua estrutura tradicional, amplia suas diversas formas de atuação direta ou indireta. (BARACHO, 1984, p. 2)¹⁰⁷

Destaca a aproximação Processo-Constituição, inclusive a dificuldade de se situar a jurisdição, se no Direito Processual ou no Direito Constitucional, à consideração da consagração de instituições processuais nas Constituições após a Segunda Grande Guerra Mundial. E a importância do tema relativo a processo especial para garantir as normas constitucionais. (BARACHO, 1984, p. 7)

Em razão mesmo das “trágicas experiências do totalitarismo, com violações dos mais fundamentais direitos do homem” e com o fim de impedir o retorno a esse passado, é que “Estados como a Alemanha, Itália, Áustria e Japão” surgiram com o constitucionalismo moderno. (BARACHO, 1984, p. 9)

Com efeito, o quadro da Justiça Constitucional vem para dar respostas a “problemas que se assentam no estabelecimento de regimes totalitários, baseados na tirania de um homem, de um partido, de uma ideologia”, cujo elemento caracterizador de “um novo Estado democrático, praticamente ignorado na Europa do século XIX, o controle jurisdicional foi adotado na Áustria, em 1920”. (BARACHO, 1984, p. 9, 10)

¹⁰⁷ Norberto Bobbio (1986) afirma que “direito e poder são as duas faces da mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder”. Que Estado democrático se opõe a Estado despótico. Este, é o tipo ideal de quem se coloca do ponto de vista do poder. E aquele, do ponto de vista do direito. (BOBBIO, 1986, p. 13, 18, 20).

Nesse quadro de manifestação da Jurisdição Constitucional — defesa constitucional como função jurídica de natureza jurisdicional, incumbida a magistrados; mecanismo de tutela e manutenção da supremacia da Constituição — vêm as garantias constitucionais que, segundo ele, verdadeiramente, são garantias de proteção processual das disposições fundamentais, relativas a direitos humanos. Isso porque declaração de direito desacompanhada das respectivas garantias (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular), restaria ineficaz. (BARACHO, 1984, p. 100-103; 117-140)

No sentido da importância das garantias processuais constitucionais, o Supremo Tribunal Federal nos autos do processo de Extradicação n. 986-9, *DJ* de 05/10/2007, Relator Ministro Eros Grau, o Ministro Gilmar Mendes, em voto vista, destaca que é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial e essa boa aplicação configura elemento essencial do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Reportando-se a Norberto Bobbio, afirma que a aplicação esmerada ou não das garantias processuais é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito. Isso porque, segundo o Ministro, no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual penal, esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito, que é assegurar a defesa dos direitos humanos em razão de o Estado incorporar a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder. Daí a importância de garantias, como as contidas em Convenções de Direitos Humanos, a exemplo da Europeia, do devido processo, da assistência jurídica e da independência do Judiciário..¹⁰⁸

6.1.1 O processo democrático como fator de legitimação do provimento

O processo democrático é a única fonte de legitimidade da autoridade da ordem jurídica. (SALGADO; GABARDO, 2008, p. 165-186) Portanto, embora na construção da decisão judicial haja uma relação intrínseca entre direito e moral, isso não justifica, *a priori*, qualquer decisionismo. Nessa linha de entendimento, critica-se o fato de se confiar aos juízes o poder de desqualificar uma norma jurídica por violar prescrição constitucional, dado que os órgãos judiciários não são o resultado direto de consensos democráticos. Além disso, adverte-se ser necessário “desconfiar do espírito conservador dos juízes e mesmo dos juristas, que por

¹⁰⁸ No corpo do voto do Ministro Gilmar Mendes, ele destaca, com apoio no pensamento Martin Kríele (1980), que os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jan. 2012)

natureza são tradicionalistas propensos a imobilizar a interpretação dos textos: é perigoso confiar a eles a missão de dizer o direito em matéria política.

De fato, Hans Kelsen (2007, p. 167-169) chama a atenção para o perigo da atuação do Poder Judiciário no enfrentamento de termos abertos em preceitos constitucionais, pois permite que concepções como justiça, liberdade, igualdade e moralidade sejam preenchidos com qualquer significado e “revestem a jurisdição constitucional com uma força ‘simplesmente insuportável’, pois permitiria que se opusesse à maioria da população com um evidente deslocamento do poder político.”

Os juízes podem, muitas vezes, reorientar toda a prática constitucional, “desconsiderando totalmente um consenso democrático contrário. Algo que, no mínimo, deve ser colocado em discussão.” (SALGADO; GABARDO, 2008, p. 185)

Com efeito, a linha teórica que vem assegurar o caráter democrático e, assim, legitimar os provimentos judiciais de aplicação de cláusulas abertas ou de conceitos jurídicos indeterminados, nos limites do presente estudo, é a que adota o Processo Constitucional como viabilizador da isonomia no procedimento normativo, que assegura a todos o direito igual de interpretar e de interferir na aplicação da norma em igual tempo procedimental; da ampla defesa, como comunicação entre os sujeitos do Processo por meio do discurso, em igualdade e, portanto, sem se cogitar de autoridade de uma fonte sobre qualquer outra, num exercício de intertextualidade; e do contraditório, como garantia de oportunidade de manifestação e de ver considerados todos os argumentos debatidos, seja para acolhê-los ou infirmá-los, mas avaliá-los, tomando-os nos fundamentos de decidir.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, com os fundamentos que a Constituição da República de 1988 lhe confere, parece não haver espaço para considerações do tipo “conferir mandatos” ao Estado-Juiz, quando se espera que a construção da decisão seja para o caso, com a participação de todos os interessados, de forma legítima, afastando-se a centralidade seja na figura do juiz ou das partes.

O Projeto de Lei n. 8.046/2010 traz uma parte geral, cujo Capítulo I do Título I, “Dos princípios e garantias do processo civil”, contém dois artigos que, embora busquem preencher o espaço interpretativo do juiz por meio de princípios constitucionais, mantêm cláusulas abertas que contribuem para incrementar o poder de atuação do magistrado numa perspectiva de introdução de elementos interpretativos de acordo com a consciência do julgador, posto que — numa visão utilitarista da decisão — a norma incumbe ao juiz a tarefa de definir o que seja “fim social a que se destina a lei” e “bem comum”, no art. 6º, e a busca de elementos

extrassistêmicos, no caso de lacuna (se é que possa existir lacuna no ordenamento), no art. 108.

Ambos os dispositivos — 6º e 108 — se mostram incompatíveis com o texto constitucional, seja por conferir centralidade de atuação ao órgão jurisdicional em confronto com a orientação principiológica do Estado Democrático de Direito; seja pela autorização para o juiz extrair elementos fora do ordenamento jurídico para decidir, em evidente afronta à vinculação da Jurisdição ao princípio da juridicidade; seja ainda por considerar a possibilidade de lacuna da “lei”, quando as normas incluem regras e princípios e estes servem para conferir “fechamento” ao ordenamento, não abertura para discricionariedades; seja, por fim, por sugerir que o juiz, em uma atividade solitária, profira decisão, desconsiderando-se a necessidade da participação dos sujeitos do processo.

Lenio Luiz Streck (2009, p. 110) combina o art. 126 do Código de Processo Civil em vigor (correspondente ao art. 108 do Projeto) com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil para afirmar que não existem lacunas técnicas. Que esses dispositivos funcionam como *elementos de resistência no interior do sistema jurídico em favor do positivismo*, este no sentido de permissão de discricionariedades e de decisionismos. Eles se apresentam incompatíveis com uma leitura hermenêutica superadora do esquema sujeito-objeto e não recepcionados pela Constituição. Adverte ainda que os “princípios gerais de direito” não trazem problema só de nomenclatura. Os princípios constitucionais, ao contrário daqueles, vêm, contemporaneamente, como um contraponto àquela discricionariedade que os princípios gerais de direito permitiam (ou permitem, porque mantida a previsão no art. 108 no Anteprojeto do Código de Processo Civil, embora, de acordo com a Exposição de Motivos, esteja sendo elaborado sob a orientação de cinco objetivos, entre os quais o de estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal).

Com efeito, as reformas processuais que têm (tiveram) como pano de fundo a busca da efetividade do processo não se legitimam se incompatíveis com a ordem constitucional. Nesse sentido, Dierle Nunes (2010) afirma que qualquer macrorreforma a ser empreendida em sistema processual de qualquer país deve se adequar ao sistema processual constitucional e não deixar de respeitar a legitimidade constitucional (aplicação dos princípios processuais constitucionais em perspectiva dinâmica).

Em relação à referência à principiologia constitucional conformadora de um Estado Democrático de Direito, esta impõe descentralidade e efetiva participação dos sujeitos processuais, de modo que os destinatários do ato sejam também coautores desse ato, num

procedimentalismo que assegure, ao mesmo tempo, a autonomia privada e a autonomia pública.

O Processo tido como um espaço cujas partes desenvolverão um discurso em bases normativas, nos moldes determinados pela Constituição Federal, não se pode fiar em critérios decisionistas extrassistêmicos, em que o órgão judiciário aceite um pressuposto extraído do contexto social, no qual ele também se insere, decida a partir dele e surpreenda as partes que não tiveram a oportunidade de debater sobre aquele elemento de uma suposta realidade,¹⁰⁹ entremostrando-se ofensa direta ao princípio do contraditório, considerado, na visão de Processo Constitucional, como “garantia de influência e de não surpresa.”¹¹⁰

No ambiente democrático, não é possível admitir que o órgão judiciário esteja autorizado, sob argumento de autoridade, a interpretar e a aplicar norma aberta com não problematizado “senso de justiça”. A racionalidade da decisão não pode se situar na subjetividade do julgador, até porque um dos pilares do Direito Democrático é, exatamente, a garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer em virtude de lei”.

A função jurisdicional do Estado deve se exercer segundo as regras do Processo Constitucional (art. 5º, LV), ou seja, de forma discursiva e democraticamente compartilhada com os demais sujeitos processuais, circunstância que encaminha a impossibilidade de discricionariedade na aplicação de cláusula aberta, até porque não se pode afastar, em qualquer caso, a incidência da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação, porque princípios fundantes do Devido Processo.

Uma insustentável discricionariedade judicial definida como a possibilidade de o juiz adequar a técnica ao caso concreto, não exigidamente em base normativa, sem considerar as questões de fato e de direito trazidas pelas partes, é inconciliável com o Processo constitucionalizado, eixo por meio do qual se constrói o Estado Democrático de Direito.

Somente por meio do Devido Processo é possível afastar o que o professor Paulo Bonavides (2001, p. 183-184) denomina de golpe institucional, um golpe silencioso amparado na legalidade formal de um poder desvinculado materialmente da Constituição que permite desconsiderar a Constituição sem desdizê-la. Esse silencioso golpe institucional é mais devastador e funesto que aqueles clássicos, de uso da força, porque, na clandestinidade, “não

¹⁰⁹ Conclusões no mesmo sentido em Fernando Horta Tavares e Nilza A. Ramos Nogueira (2010, p. 7379-7399).

¹¹⁰ NUNES, 2009, p. 224. Dierle Nunes cuida, no capítulo 7 de sua obra, da Participação e do Policentrismo como imprescindíveis para a democratização do processo. Dentro desse capítulo, trata do contraditório como garantia de influência e de não surpresa, advertindo que a visão do contraditório como um direito de bilateralidade de audiência não basta.

remove governos, mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas o domina por cooptação de seus titulares.”

A partir dessa compreensão tem-se que a prevalência da visão daquele que interpreta a regra, ora de forma mais conservadora ora mais progressista, redundaria em privilégio de determinado ponto de vista. Logo, para evitar esse direcionamento de interesses e a quebra das bases de um Estado Democrático de Direito, impõe-se uma perspectiva teórica que viabilize a efetiva consideração do debate na prolação de uma decisão correta para o caso sob apreciação do Órgão Jurisdicional do Estado.

7 CONCLUSÃO

Após a realização dessa pesquisa, podem-se estabelecer as conclusões a seguir expostas.

A função judiciária do Estado constitui-se em exercício de parcela do dever-poder estatal instituído e limitado pela Constituição da República Federativa do Brasil. Por isso, a juridicidade dos atos estatais praticados no desempenho dessa competência legal é aferida pela respectiva conformidade com a lei e a Constituição.

A Jurisdição é dever-função do Estado de interpretar e aplicar normas extraídas do texto legal, mediante provocação de interessado, no interior de um procedimento normativo, previamente instituído, cujo desenvolvimento se deve efetivar sob a eficácia das garantias processuais constitucionais, com ênfase, minimamente, para a legalidade, o acesso isonômico ao direito, o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação, a duração razoável, o direito a advogado.

O exercício de poder estatal por intermédio do direito, para se legitimar, deve se concretizar sob o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito, no qual se incluem os fundamentos e objetivos desse mesmo Estado que se deseja construir, normatizados no texto constitucional de 1988, que deve guiar o desempenho das atribuições dos órgãos incumbidos constitucionalmente do desempenho da função judiciária do Estado, acrescido das normas que estabelecem todos os requisitos legais vinculativos dessa tarefa estatal.

Os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, fixados pela Constituição de 1988, são a linha diretiva do exercício de quaisquer das funções estatais, da qual não se esquivava a judiciária. Esta se submete aos direitos fundamentais e garantias processuais que dão os contornos do Processo Constitucional.

O Processo Constitucional, instituto abstrato, é delineado por uma principiologia que o torna apto a assegurar a eficácia de normas constitucionais, especialmente aquelas conferidas aos indivíduos, criando-se-lhes um espaço para o debate das decisões legítimas de agentes estatais, proferidas no exercício de competências públicas, a permitir a construção democrática do direito. É nessa vertente que deve o Estado fazer atuar a lei, no exercer da Jurisdição, entremostrando-se o Processo Constitucional como fio condutor dessa atividade estatal.

Em conformidade com essa perspectiva de realização da atividade judiciária, entende-se que não se afigura propício à construção democrática do direito o ideal de legislar por meio da técnica de inserção de cláusulas abertas e de conceitos pendentes de preenchimento nas

regras de procedimento, deixando-se um espaço para que o Estado-Juiz tenha liberdade de apreciação na atividade de interpretar e aplicar tais cláusulas, porque engendra uma possibilidade de fuga para fazer sobrepor a subjetividade do julgador, a imposição de preferências, bem como o predomínio de determinados pontos de vista em detrimento da racionalidade do exercício do direito.

Entende-se preferir, a essa forma de legislar, a adoção de um debate profícuo no bojo do processo legislativo constitucional para reduzir os espaços de abertura e indeterminação do direito e, conseqüentemente, minimizar a possibilidade de que preferências éticas ou morais ingressem no ordenamento sem se submeter ao Devido Processo.

Logo, a percepção aqui é no sentido de que a legitimidade de um provimento jurisdicional é obtida se for assegurado aos interessados, por meio do discurso, debater a própria fonte do direito, em condições de igualdade e a partir do sistema normativo, sendo-lhes permitido participar de todas as fases e atos procedimentais, inclusive da valorização e valoração das provas; que seus argumentos venham efetivamente a compor a fundamentação da decisão, numa ótica de consideração de casos anteriormente decididos, explicitando-se as razões por que a decisão deve seguir a mesma orientação anterior, ou não, a fim de que haja o assentimento quanto à solução dada pelo direito, porque conferido, àqueles que se sujeitarão aos respectivos efeitos, o sentimento de participação do processo de formação da opinião e da vontade, hipótese em que se legitimarão futuras decisões que adotarem o mesmo procedimento e compartilharem daqueles mesmos fundamentos de decidir, numa perspectiva de coerência na construção do direito.

Rechaça-se, portanto, visão no sentido de que, quando há abertura do texto legal, está-se a autorizar ao Estado-Juiz interpretar e concretizar norma para o caso de forma discricionária, prudente. Ao revés, a interpretação é aberta a todos, devendo ser considerados todos os pontos de vista expressados por argumentos racionais, ou seja, não morais, mas deduzidos de um contexto normativo, posto já integrantes de objetivos coletivos regulamentados legalmente. Significa dizer, já submetidos a amplo debate no processo legislativo constitucional, em cujo momento de produção normativa se manifestará simultaneamente o direito e a moral com a complementaridade do procedimento, por meio do qual razões morais fluem para o direito.

Além disso, a interpretação da lei limitada a conceitos previamente definidos, ou especialmente preferidos, inibe a possibilidade de se controverter sobre a existência do direito em sua própria fonte. Ao não se permitir um lugar ideal de fala, propicia-se o privilégio da visão daquele cujo discurso prevalece sobre os demais e isso redundará num sentimento de

inaceitabilidade do ordenamento, dado o pluralismo social e a diversidade de visão de mundo dos que participam do debate num procedimento judicial, além de não se evidenciar uma condição processual legitimadora da reconstrução do direito para o caso.

Por isso mesmo, não é simples a questão de se legislar por meio de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, porque os métodos de interpretação trazem problemas. Não há uma determinação de que, em quais casos, se utiliza determinado método. Logo, a escolha é aleatória e, assim, permite ao julgador fundamentar decisões em mais de um sentido, inclusive de forma contraditória entre si. Aqui se pode falar em insegurança no direito.

Ademais disso, em se tratando de interpretação e aplicação de normas, cuja atividade não pode desconsiderar a força normativa da Constituição, atrai-se a incidência de princípios abertos, como igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, criando-se uma situação em que somente a oportunização da manifestação de todos os interessados pode conduzir a uma decisão constitucionalmente adequada para o caso.

Destarte, por intermédio do Processo Constitucional, norteador da atividade judiciária na condução do procedimento judicial, tem-se o complemento que mantém a legitimidade do direito por meio do discurso participativo, de resistência, próprio de uma sociedade aberta, garantido em espaço público igualitário, de forma que a aceitação geral do direito não seja neutralizada ante a faticidade, ante a complexidade social.

O Processo Constitucional, na forma como é lido no presente trabalho, é a teoria que viabiliza o Direito democrático, porque participativo, porque permite o respeito às diferenças e não impõe uma ideologia de que a verdade está no texto normativo produzido pelos representantes eleitos pelo povo ou que, em outro momento, o da aplicação, a verdade seria alcançada pela atividade de especialistas oficiais do Estado.

Essa leitura sob a ótica do Processo Constitucional confronta a proposta teórica de estudo do fenômeno jurídico de forma universalizante, continuísta e ideologizada, no sentido de apregoar um discurso unitarista, que conduz a conclusões inquestionáveis, impondo ao homem o discurso dos outros, constituindo uma subjetividade coletiva, de forma que o homem venha a perder sua própria identidade para adotar a identidade coletiva.

Esse é o ideal da presente pesquisa, de sustentar, em bases processuais constitucionais, o desejo de desarraigamento das amarras do autoritarismo para que os homens possam participar efetivamente da construção de seu futuro, exercitando o direito de influir nas decisões legítimas em favor do coletivo, que se apresenta por intermédio do direito, revelando a relação direito-poder, direito-democracia, o que faz emergir a necessidade (i) de

consideração das individualidades, afastando-se a coletivização do homem; (ii) de permissão da intertextualidade, de modo a não aprisionar os discursos às palavras da lei e às pré-compreensões de que se impregnam decisões de órgãos oficialmente autorizados para tanto; (iii) de afastar a imposição do silêncio e conferir efetividade a um espaço aberto ao debate e à crítica, sem exclusões; (iv) do Processo Constitucional como o meio para alcançar a efetividade da construção do Estado Democrático de Direito, em que o direito é democrático e, portanto, se legitima pela possibilidade de manifestação do direito fundamental ao exercício da autonomia, o que envolve capacidade de ação nos espaços públicos e privados e equivale à conquista da própria cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito instituído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Ajuris**, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 jan. 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. **Revista de Direito Renovar**, n. 18, p. 11-19, set./dez.2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/discursos>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Verdade**. Disponível em: <<http://www.pensador.uol.com.br/poesias>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

ANDRADE, Érico. **O Mandado de Segurança**: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVIM, Teresa Celina Arruda. Limites à chamada “discrecionariiedade” judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167. out./dez. 1990.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 692 p.

ASSIS, Zamira de. **A enunciação de licitude como meio de prova no direito brasileiro**. 222 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

ASSIS, Zamira de. A ideia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2009. p. 179-188.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS**: o ensino jurídico no limiar do novo milênio. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 413-465.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de Direito Público**, n. 92, p. 55-61, out./dez. 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br>>. Acesso em: 27 set. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 20 jun. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49-76.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8.046/2010**. Institui o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan.1973. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 dez.2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 e proposições anexadas**. Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia>. Acesso em: 20 dez. 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag no REsp 1022081/RN, Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 13 out. 2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1022081&b=ACOR> Acesso em: 18 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2667 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, Diário de Justiça eletrônico, **Diário de Justiça**, Brasília, 12 mar. 2004. 2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282667%2ENU%2E+OU+2667%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 11 nov. 2011.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set. 1982.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. São Paulo: Bookseller, 2003, v. 1 e 3.

CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 7)

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1.

CARVALHO, Carlos Eduardo A. Fundamentação racional das decisões jurídicas. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.) **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 59-122.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383r>>. Acesso em: 17 set. 2011.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Coordenação de José Miguel Garcia de Medina et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 408.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 277-309.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p.119-137, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732009000100008...sci...>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

DUTRA, Elder Gomes; NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. A comparticipação e o policentrismo na construção das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito: uma análise da obra Processo Jurisdicional Democrático. Direito Público. **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**, v. 7, n. 1, p. 33-58, jan./dez. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discrecionariedade judicial?: discrecionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia de et al.

(Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <<http://www.metodista.br/revistas>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz. In: MEDINA, José Miguel Garcia de et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A (im)possibilidade de discricionariedade judicial na inscrição do Magistrado no Bacen-Jud. In: MEDINA, José Miguel Garcia de et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, v. 2.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 3, p. 105-122, jan./jun. 1995.

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

HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. **Direito & Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 7, n. 9, p. 7-30, 1985.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição?. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239-298.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

KRIELE, Martín. **Introducción a La Teoría del Estado**: Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Trad. de Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 149-161.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 60.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 4^a ed. Giuffrè: Milano, 1980. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook, 2001.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia de *et al.* (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94-98.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida cautelar **ex officio** e legitimidade decisória. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61-77.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **RePro**, n. 34, 172, p. 175-232, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50, ano 13, p. 9-35, abr./jun. 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, n. 183, p. 165-194, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discrecionalidade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 61-72.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. Reforma total do Código de Processo Civil: breves considerações sobre o primeiro relatório da Comissão de Juristas do Senado para elaboração de novo CPC. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2408, 3 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14298>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. (Coord. Geral). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 265-279.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada?: reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de (Coord.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 119-152.

OLIVEIRA, Maria de Fátima S. G. M. de. **Discricionariedade judicial nas medidas processuais provisórias**. São Paulo: PUC, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1. n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. In: FIUZA, César Augusto de Castro et al. **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-26.

PEDRON, Flavio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 13, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização: Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos**. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. v. 1, v. 2.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Francis Vanine de Andrade. Técnicas diferenciadas de sumarização da cognição exauriente: procedimento monitorio, providências preliminares e julgamento “antecipado”. In: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. 2. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 119-139.

RICHTER, Marcos Gustavo; CECHI, Marizete Righi. Autonomia e educação hoje: algumas considerações. **Revista Linguagem e Cidadania**, n. 1, jun. 1999. Disponível em: <http://www.ufsm.br/lec/01_99/artigo_006_0799_integral.htm>.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**. Quatro estudos de teoria comunicacional do direito: Barueri:Manole, 2005.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010. 2010. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Disciplina “Temas Centrais do Processo Civil I — DPC 5851-1/1”) — Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.renatorosa.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 165-186, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Súmula vinculante, princípio da separação dos poderes e metódica de aplicação do direito sumular: repercussões recíprocas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1798, 3 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11327>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**; ano 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar. 1988.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de ‘como discricionariedade não combina com democracia’: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. (Coord. Geral). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 265-279.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

TARUFFO, Michelle. Oralidade e escritura em um processo civil eficiente. Texto traduzido livremente. In: CARPI, Federico; ORTELLAS, Manuel. **Oralidad y escritura em um proceso civil eficiente**. Valencia: Universidad Di Valencia, 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111-118.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

TAVARES, Fernando Horta. Urgências de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n.21, p. 145-162, 2008.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A codificação no direito e a temática recursal no projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de (Coord.). **Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 231-261.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. **RePro**, n. 36, 195, p. 111-136, maio 2011.

TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, p. 59-89, mar. 2010.

TAVARES, Fernando Horta; NOGUEIRA, Nilza A. Ramos. Atividade judicial de aplicação de cláusulas abertas no art. 273 do código de procedimentos: discricionariedade e vinculação ante o Estado Democrático de Direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, jun. 2010. **Anais do Congresso...** Fortaleza, p. 7379-7399.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do *Judiciário* e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil Law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 189, p. 10-52, nov. 2010.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte, 2011. 255f.: Il. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/teses/Direito>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil Law* e *common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Revista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.