

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Pedro Bentes Pinheiro Neto

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Normas de textura aberta e parâmetros da discricionariedade judicial

Belém/PA

2015

Pedro Bentes Pinheiro Neto

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Normas de textura aberta e parâmetros da discricionariedade judicial

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes.

Belém/PA

2015

Pinheiro Neto, Pedro Bentes

A aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados e o novo código de processo civil: normas de textura aberta e os parâmetros da discricionariedade judicial / Pedro Bentes Pinheiro Neto. – Belém: UFPA, 2015.

P.

Orientador : Gisele Santos Fernandes Góes

Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, 2015.

1. Direito Processual Civil. 2. Poder Discricionário. I. Título.

CDD-342.81

Pedro Bentes Pinheiro Neto

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Normas de textura aberta e parâmetros da discricionariedade judicial

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, sublinha Direito Processual, Processo Civil e Direitos Fundamentais como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes

Orientadora

Profa. Pastora do Socorro Teixeira Leal

Prof. Jean Carlos Dias

Apresentado em: ___/___/___

Belém-PA

2015

Veni, vidi, vici.

(Julio César)

AGRADECIMENTOS

À minha Dani, minha companheira, meu porto seguro, esposa compreensiva, pelo incansável apoio e pelos momentos que subtraí do nosso convívio para elaboração deste trabalho. A você, portanto, todo o meu amor.

Ao meu irmão, Victor Sales Pinheiro, professor nato, minha referência de intelectual sério, preocupado com o conhecimento e com os rumos do ensino. Tive o privilégio de compartilhar seu convívio e tomar como exemplo sua dedicação voraz à leitura às reflexões filosóficas. Se existe hoje um farol a guiar os que estão à deriva, é você, meu irmão.

Ao meu pai e amigo, Pedro Bentes Pinheiro Filho, maior incentivador deste projeto. Se consegui percorrer este caminho é porque segui os rastros das suas pegadas. A você, minha gratidão, pelo apoio ao magistério, pelas viagens que fizemos juntos a congressos e encontros da ANNEP (Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo), pelo apoio na participação dos encontros científicos e na compreensão pelas ausências.

À minha mãe Nena, uma das pessoas de pensamento mais veloz, sempre com uma palavra de carinho e apoio. A você, meu carinho, pela sua doçura e alegria.

À minha vó Eva, com quem tive a felicidade de dividir a alegria de ser aprovado no processo seletivo de mestrado, logo antes da sua partida.

Aos advogados do Escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff, companheiros de infantaria, que cobriram minha ausência nos momentos mais difíceis do sacerdócio diário que é a advocacia. Faço um agradecimento especial aos advogados João Paulo Couto, Mauro Barbalho, Fábio Flores, Tharuell Kawage, André Bitar, André Chini, Filipe Erichsen, Laércio Cardoso e Rodrigo Dias.

À minha orientadora, professora Gisele Góes, pela paciência e confiança na conclusão do projeto.

Aos professores Jean Carlos Dias e Pastora Leal, que me recolocaram nos trilhos na banca da qualificação, figurando como divisores de água na formação dos meus referenciais teóricos e nos rumos da dissertação.

RESUMO

O trabalho discute a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados no novo código de processo civil, visando a contribuir para a melhor compreensão e aplicação das normas de textura aberta. Para tanto, são estudadas as influências do neoprocessualismo na metodologia de estudo do direito processual civil. A partir dessa premissa, são utilizados como referenciais teóricos autores positivistas para revelar o significado e finalidade dos conceitos jurídicos indeterminados na intenção de firmar uma técnica de elucidação operacional do conceito na prática processual. A pesquisa trata da problemática que envolve a aplicação, interpretação e discricionariedade judicial. Ao final, são esboçados alguns parâmetros para utilização da discricionariedade judicial.

Palavras-Chave: Neoprocessualismo. Conceitos jurídicos indeterminados. Discricionariedade judicial.

ABSTRACT

The paper discusses legal indeterminacy in the new civil procedure law, contributing towards a comprehension of the open standards texture. To do so, we will analyze neoprocessualism as a new methodology of studying civil procedure law. We used theoretical framework as positivist authors to disclose the meaning of the legal indeterminacy, reaching a practical technique to application in a case law. The research involves the study of application, interpretation and judicial discretion. By the end, some parameters for limited using of judicial discretion.

Keywords: Neoprocessualismo. Legal indeterminacy. Judicial discretion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 INFLUÊNCIAS DO NEOPROCESSUALISMO. AFINAL, ESTAMOS VIVENDO UMA NOVA FASE PROCESSUAL?.....	21
3 NOÇÃO DE CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO.....	25
3.1 Significado e finalidade dos conceitos jurídicos indeterminados	25
3.2 Conceitos jurídicos indeterminados e a pluralidade de soluções no caso concreto. Vagueza pragmática ou indeterminação casuísta.....	31
4 DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO.....	39
4.1 Eliminando a indeterminação: a interpretação como meio para revelar as soluções possíveis no caso concreto	39
4.2 O encontro das soluções possíveis e a discricionariedade de escolha. Existe discricionariedade judicial?	44
5 A APLICAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	55
5.1 Aplicação e subjetividade.....	55
5.2 Ponto de partida: o texto da lei e o método dedutivo	59
5.3 Precedentes, orientação prospectiva e o método de grupo de casos	64
5.4 Transparência do referencial teórico e a aproximação entre doutrina e magistratura	73
5.5 O modelo processual cooperativo e as soluções reveladas no caso	77
6 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

1 INTRODUÇÃO

Um enunciado normativo costuma ser composto de duas partes: a hipótese fática, em que se descreve a situação regulada pela norma, e o conseqüente normativo, em que se imputa um determinado efeito jurídico ao fato jurídico ali descrito.

Não é raro que, na elaboração de textos normativos, o legislador se valha de normas de textura aberta, com o claro propósito de transferir ao órgão jurisdicional a tarefa de concretização do sentido dessas expressões, caso a caso. “boa-fé”, “grave lesão”, “risco de dano”, “justo motivo”, “calamidade pública”, “repercussão geral”, etc., são alguns exemplos.

Quando os parlamentos criam textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos ou concedem amplos espaços de decisão para escolher os meios adequados para solução dos casos concretos, aumenta o poder de efetivação da tutela jurisdicional. Nestes casos, o legislador transfere para o Juiz parte de sua liberdade de conformação legislativa. Trata-se de ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao operador para que a gestão dos interesses sociais se realize correspondendo às necessidades de cada momento.

Sua inserção no sistema constitui uma ação estatal para garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao devido processo legal, os quais têm aplicabilidade imediata e vinculam o Poder Público (legislador), que deve ser obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos.

Ocorre que ainda são poucos os estudos e reflexões dos meios de interpretação e aplicação das normas de textura aberta, sobretudo levando em consideração a perspectiva do julgamento no plano operacional, isto é, na efetiva aplicação do texto na relação jurídica processual. Ainda são incipientes os padrões e parâmetros prévios para aplicação do direito nas normas de textura aberta, situação que inevitavelmente gera a filtragem do direito de acordo com a subjetividade do aplicador¹.

A abertura e indeterminação da norma, por mais que seja importante ferramenta de concretização de direitos, retira a previsibilidade e segurança na concretização do direito pela

¹ Sobre ausência de parâmetros claros e prévios confira-se: Henriques Filho, 2006, p. 67.

jurisdição, pois as partes e todos os operadores do direito, desconhecem como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta², o que gera dificuldade aos cidadãos para saberem como devem agir, como devem pautar suas condutas e se comportar em sociedade.

Se a jurisdição passa o recado de que cada caso será resolvido de acordo com a ação ajuizada, todos os demandantes sentem-se na obrigação de ajuizar ações para arriscar sua sorte. Nesse sentido, a ausência de parâmetros para atuação do juiz na concretização das normas abertas e a falta de previsibilidade da decisão judicial pelo jurisdicionado estimulam a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é legal ou não.

Infelizmente, pela falta de previsibilidade e segurança, faz-se direito no Brasil, como o que Bentham (1843)³ chamou de direito para cachorros (*dog law*), em que as pessoas só sabem que algo é permitido ou proibido quando alguém lhes bate no focinho. Apenas com a segurança é possível promover dois fins básicos do estado constitucional: liberdade e igualdade.

Se o cidadão não tem como saber o direito vigente (cognoscibilidade), não é possível planejar suas ações, não é possível querer de forma juridicamente orientada, portanto não é livre. Se não é possível reconhecer o direito que é aplicável à sua vida, não tem como tratar as pessoas de maneira igual, quando estiverem em casos iguais. Aí se rompe o que há de mais sagrado na ideia de direito.

² Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Didier Junior, F. (org.), 2010b. p. 578. v. 2.

³ Afirma Bentham, 1843, p. 231-237, (tradução livre):

Ambos os tipos de lei são mantidos feliz e cuidadosamente distante do conhecimento das pessoas: o direito estatuto pela sua forma e volume; 'common law', por sua própria essência. São os juízes (como vimos) que fazem a 'common law'. Você sabe como eles fazem isso? Assim como um homem faz leis para o seu cão. Quando quiser ensinar o seu cão a não fazer algo proibido, você espera até que ele faça isso, e depois bate-lhe por isso. Esta é a maneira de fazer leis para seu cão: e esta é a forma como os juízes fazem direito para você e para mim. Eles não vão dizer a um homem de antemão o que é que ele não deve fazer: eles esperam até que ele tenha feito algo para depois dizer que ele não deveria ter feito, e então o punem por isso. De que maneira, então, tem alguém de vir a saber desta lei para cachorros? Só assistindo a seus procedimentos: pela observação em que casos enforcaram um homem, em que casos eles mandaram para a cadeia, em que casos eles apreenderam os bens dele, e assim por diante. Estes processos não serão publicados por eles, e se mais alguém publicá-los, é o que eles chamam de uma desobediência ao tribunal, e um homem pode ser enviado para a prisão por isso. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/tools/bentham_online_texts/Ashhurst.rtf>. Acesso em: 07.03.2015.

Os operadores do direito precisam ter certeza do Direito que será aplicado, algo que se possa aguardar, algo em que se possa seguramente confiar, ou seja, antever de modo razoavelmente seguro o resultado de futuros litígios.

Ao lado da insegurança jurídica, há um risco de que a “discricionariedade”, concedida ao órgão jurisdicional para aplicação do direito ao caso concreto, transforme-se em arbítrio, reduzindo-se o processo de concretização normativa a uma mera efetivação de escolhas subjetivas e arbitrárias formuladas pelo julgador, especialmente em se tratando de normas de textura aberta, cuja estrutura é, por natureza, uma verdadeira outorga de poder ao magistrado para construção do seu conteúdo a partir do caso concreto.

Esta constatação pode trazer alguma insegurança jurídica ao jurisdicionado que, igualmente, não terá parâmetros para antever a solução jurídica escolhida pelo julgador, na aplicação das normas de textura aberta.

De modo a resolver parte dessa problemática, de forma consciente ou não, o legislador trouxe disposição expressa sobre a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados na sentença judicial, com o dever de exposição dos motivos concretos de sua incidência no caso. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), na Seção II, que trata dos “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença”, dispõe no Art. 489, §1º:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(*omissis.*)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

Perceba-se que o diploma processual utiliza-se da expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, deixando em uma mesma nomenclatura, propositalmente ou não, todos os tipos de normas abertas.

E mais, o dispositivo, na forma como foi redigido, revela a necessidade de motivação das decisões judiciais que apliquem os conceitos jurídicos indeterminados, reputando-as sem fundamentação e, portanto, nulas⁴, caso não expliquem o motivo concreto de sua incidência no caso concreto.

⁴ A Constituição Federal expressamente atribuiu a sanção de nulidade à decisão não motivada, conforme Art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus

Neste contexto, é importante o estudo dos mecanismos que possibilitem ao Poder Judiciário analisar os parâmetros e guias utilizados pelos seus membros, mantendo unidade e coerência na aplicação do direito, com reflexos imediatamente benéficos para sociedade como um todo.

Para estudar as técnicas de contenção é indispensável refletir sobre a existência, ou não, de uma nova fase da metodologia no direito processual brasileiro. Há um movimento que encara o direito processual com um viés constitucional (DIDIER JR, 2010b, p. 258/259), em que se privilegia a força normativa da Constituição e dos princípios, expande-se a consagração e efetivação dos direitos fundamentais, e firma-se o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional. Este momento do direito processual foi batizado de neoprocessualismo⁵ que será objeto de breve explanação no primeiro capítulo.

Apesar das normas de textura aberta já serem uma realidade há muito tempo no estudo da teoria geral do direito⁶, ela se expandiu enquanto técnica legislativa processual, permitindo uma postura mais ativa do órgão jurisdicional, o que revela um papel mais ativo na criação do Direito.

Os textos abertos, cabe ressaltar, são importantes ferramenta inseridas no sistema legislativo, justamente para dar ao juiz flexibilidade em sua atuação; são técnicas legislativas que traduzem modelos jurídicos normativos flexíveis à inovação e à constante reformulação, aptas a conferir à máquina jurisdicional a desejada aptidão para amparar as turbulências da vida social em constante transformação (PAGANINI, 2010, p. 134).

A propósito, a jurisprudência constitucional tem enfrentado a problematização dos “conceitos jurídicos indeterminados” e sua concretização. Aos poucos, o Supremo Tribunal

advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Igualmente, o Novo Código, no Art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

⁵ A nomenclatura varia de autor para autor. Sampaio Junior (2010), dentre outros, prefere chamar de processo constitucional, destacando a irradiação dos efeitos das normas da constituição no ramo processual (in *A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional?* Independente da nomenclatura, uma realidade inquestionável. In: DIDIER JUNIOR (2010b, p. 427/429). Já Oliveira (2019) denomina esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo valorativo, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual (*apud* DIDIER JUNIOR, 2010b, p. 262/263). Como sugere o título do texto de Sampaio Junior, “Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável”.

⁶ Exemplificativamente, sem pretensão de esgotar os autores que tratam sobre o tema, Hart (2009, p. 161) tem um capítulo específico que trata da “textura aberta do direito”.

Federal vem identificando e preenchendo conceitos indeterminados, possibilitando estudar se existem ou não critérios e parâmetros para utilização segura e previsível em casos semelhantes.

Contudo o que se pode notar é que não existe um padrão para aferir o modo como o julgador aplicou o conceito jurídico indeterminado.

Por enquanto, as decisões da Suprema Corte se referem ao controle jurisdicional da discricionariedade existente nos conceitos jurídicos indeterminados, mas é possível utilizar os julgados como material de análise.

Para deixar claro o acima exposto, serão analisadas, breve e exemplificativamente, três decisões da Suprema Corte exatamente em relação ao controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados, para se concluir que, em cada caso, há uma forma de resolução diferente.

A primeira é uma decisão do Ministro Sepúlveda Pertence⁷ e versa sobre a sindicabilidade jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias.

No caso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, do art. 4º da Medida Provisória

⁷ Em voto proferido no Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerida: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de abril de 1998. Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília, v. 172-01, p. 32-33, abril 2000, cuja ementa é a seguinte:

Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. 2. A igualdade das partes é imaneente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.

N. 1577-6, de 27.11.97, que afirma: “O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

Sustentou o autor da ação que o preceito é inconstitucional por três razões: 1º) ausência de urgência para edição da Medida Provisória acerca do tema; 2º) ofensa ao princípio da isonomia e 3º) ofensa ao devido processo legal.

Ao julgar a ação, o Ministro identificou que a questão central era a sindicabilidade jurisdicional da concorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medida provisória. Foi deferida a medida cautelar, pois o Tribunal entendeu que a dilatação de prazo processual para ajuizamento de ação rescisória - que era de dois anos pelo Código de Processo Civil de 1973 - não era fato relevante e urgente, naquele contexto, além de violar os princípios da isonomia e devido processo legal.

Restou claro nos votos que a medida provisória objetivou alterar o Código de Processo Civil, e os Ministros consideraram que alterações de normas instrumentais não poderiam ser concretizadas em regime de urgência, principalmente se vigoram desde 1973.

O controle jurisdicional incidiu diretamente sobre uma discricionariedade típica atribuída diretamente pela Constituição ao Chefe do Executivo, prevista no art. 62. Isto é, “relevância” e “urgência”⁸ são conceitos jurídicos indeterminados que atribuem discricionariedade de aplicação pelo Presidente da República. No caso, quando o Presidente aplicou os conceitos indeterminados, o Poder Judiciário reconheceu que sua interpretação foi indevida, cassando o seu ato.

Perceba-se a mudança da jurisprudência brasileira. Até aquela decisão⁹, entendia o Supremo Tribunal Federal competir, de forma exclusiva e discricionária, ao Presidente da República, no momento de edição das Medidas Provisórias, a análise da situação fática que se enquadraria no conceito de relevância e urgência. Inicia-se, com efeito, a possibilidade de controle jurisdicional excepcional da interpretação dos requisitos constitucionais, quando ficar

⁸ Na mesma decisão, ao prolatar seu voto, o Min. Maurício Corrêa menciona que existem valores extrínsecos contidos nos conceitos de “relevância” e “urgência”, que são tidos como abstratos, sendo concretizáveis, em última instância, pelo Judiciário.

⁹ Matéria idêntica foi decidida pelo Min. Marco Aurélio, STF, ADIN nº 1.849-0/DF, Medida Liminar, DJ de 4/8/1998.

caracterizado que a Medida Provisória editada não contém em sua essência os requisitos básicos para sua existência, quais sejam, relevância e urgência. Com isso, pode-se também iniciar um estudo acerca dos parâmetros utilizados para utilização em casos semelhantes.

A segunda decisão, aqui exemplificativamente analisada, é de relatoria do Ministro Paulo Brossard¹⁰. Determinado cidadão ajuizou ação popular com objetivo de obter a anulação das nomeações de duas pessoas para os cargos de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. A ação foi proposta sob o fundamento de que os referidos conselheiros não preencheriam os requisitos previstos no art. 73, §1º, incisos III e IV, da Constituição Federal. Eles não teriam “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”.

A sentença julgou os pedidos da ação improcedentes, pois seria do Executivo o poder discricionário de preencher o conceito indeterminado “notório saber”. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Tocantins. O autor interpôs Recurso Extraordinário, cujo julgamento compete ao Supremo Tribunal Federal.

No Supremo Tribunal Federal, o recurso foi conhecido e provido, pois os conselheiros nomeados não tinham “notórios conhecimentos”, não podendo o conceito ficar ao arbítrio da administração pública sem qualquer vinculação com comprovação da qualificação dos nomeados. A Corte foi categórica ao afirmar que o Governador do Estado de Tocantins na nomeação dos membros do Tribunal de Contas daquele Estado não estava livre para, de forma discricionária, nomear quem ele bem entendesse, quem a seu exclusivo juízo considerasse ser portador de idoneidade comprovada e notório saber.

¹⁰ Em voto proferido no Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 167137. Relator: Paulo Brossard. Tocantins, 18 de outubro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=RE&processo=167137&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 29 de set. 2011. A ementa é a seguinte:

TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1º, da CF. NOTÓRIO SABER - Incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação.

Isso porque não se pode interpretar a disposição geral da Constituição isoladamente e de forma estanque, pois ela faz parte de um todo homogêneo e dentro desse contexto é que deve ser interpretada. E mais, restou evidente na decisão que existem critérios, que podem ser revelados, para a determinação do conceito (em tese indeterminado) de “notório saber”. Afinal, “deve haver um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”.

Nesta decisão, a principal discussão é o abuso de discricionariedade para análise dos requisitos subjetivos para nomeações políticas. Esses elementos subjetivos – indeterminados, tais como: “notório saber jurídico”, “notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros e contábeis ou de administração pública”, “reputação ilibada”, “idoneidade moral”. No caso, estes requisitos foram desprezados pelo Chefe do Executivo aquando da nomeação de Conselheiro de Tribunal de Contas de determinado Estado. Decidindo a questão, o STF entendeu que, apesar de existir discricionariedade do Poder Executivo para analisar tais requisitos, há “necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”.

Perceba-se que, ao cobrar a necessidade de requisitos mínimos, o próprio judiciário limita a aplicação do conceito, estabelecendo e imperando o verdadeiro alcance e determinação da norma constitucional em apreço.

A terceira decisão, insista-se, usada para comprovar a ausência de padrão no preenchimento do conceito indeterminado, é de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau¹¹.

¹¹ Em voto proferido no Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24699. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=RMS&processo=24699 &recurso=0&tip_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=RMS&processo=24699&recurso=0&tip_julgamento=M)>. Acesso em: 29 de set. 2011. A ementa teve a seguinte redação: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de

Determinado servidor público foi demitido do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER, supostamente por “improbidade administrativa e valimento do cargo para lograr proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, comportamento previsto no art. 117, IX, da Lei 8112/90 e no art. 11, caput, e inciso I, da Lei 8429/92.

No contexto do caso, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União procedeu ao que se denominou “Correição Extraordinária”, objetivando verificar a lisura de acordo extrajudicial celebrado entre o DNER e uma empresa de construção. Concluiu-se que o mencionado acordo, uma vez cumprido, seria nocivo aos cofres públicos, na medida em que importaria no pagamento de uma dívida equivalente a R\$ 8.387.936,00 (oito milhões, trezentos e oitenta e sete mil e novecentos e trinta e seis reais), supostamente referente a serviços executados pela construtora e não pagos pelo DNER.

Segundo as conclusões, a construtora teria auferido benefícios financeiros indevidamente sem a correspondente contraprestação. Por isso, instaurou-se processo administrativo disciplinar para apurar a responsabilidade do procurador federal que assinou parecer favorável à pretensão da construtora e posteriormente assinado o acordo extrajudicial, em detrimento do serviço público; e a responsabilidade do engenheiro por ter elaborado os cálculos de atualização da dívida objeto do acordo, utilizando-se de índices e métodos supostamente incorretos. Daí o motivo da demissão.

Ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a discricionariedade não é consequência da utilização, nos textos normativos, de conceitos jurídicos indeterminados. A autoridade administrativa estaria autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas.

Com efeito, firmando que o ato de interpretação é do Poder Judiciário, recolocou-se nos trilhos o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais.

improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

Enfim, a Suprema Corte, observando as provas coligidas nos autos, interpretou que a forma como o engenheiro procedeu ao cálculo da dívida não constituía violação à “dignidade da função pública”, que ensejou inicialmente o ato de demissão. Mais uma vez, a Corte Constitucional analisou os elementos do ato, preenchendo o conceito antes indeterminado e criando norma no caso concreto.

Portanto resta ilustrado pelos casos da Suprema Corte que não existe um padrão e/ou parâmetros seguros para aplicação dos conceitos indeterminados, tão somente uma análise dos fatos e a decisão, em que ocorre a limitação e delineamentos do conceito no caso concreto.

Sendo assim, este trabalho visa a refletir sobre o conceito e aplicação dos “conceitos jurídicos indeterminados” e sugerir, sem pretensão de exaustão, subsídios pragmáticos que servem para guiar e operacionalizar o poder de decisão do juiz, não de modo a engessar a atividade jurisdicional, mas para auxiliar no difícil processo de aplicação das cláusulas abertas, reduzindo a possibilidade do excesso de subjetivismo, arbítrio, insegurança jurídica e litigiosidade, características que não podem coexistir com a mentalidade de concretização e manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

Necessário pontuar, desde já, que este trabalho não se propõe a analisar a problemática da indeterminação do direito, que é campo da hermenêutica filosófica e da própria teoria do direito. O direcionamento do trabalho é refletir sobre elementos de auxílio, ganchos de objetividade, parâmetros e técnicas para instrumentalizar e operacionalizar o novo Código de Processo Civil, que traz disposição expressa sobre a necessidade de expor os motivos de incidência, quando o julgador se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados.

Em realidade, a proposta é cogitar sobre alguns testes para verificação do acerto da decisão naquele caso concreto. Não se nega a existência de certa dose de discricionariedade e subjetividade, mas é pertinente conjecturar e discutir critérios para contenção do risco de degeneração da discricionariedade em arbítrio.

Neste contexto, cabe analisar o que se entende por conceito jurídico indeterminado e qual o significado proposto por este trabalho para o correto emprego, nos termos do novo diploma processual.

Em seguida, será indispensável discorrer sobre a existência de uma discricionariedade judicial, sobretudo aquela contida dentro dos conceitos jurídicos indeterminados. Cabe

esclarecer, desde já, que foi adotado o positivismo jurídico de Hart (2009) e Kelsen (2003) como referencial teórico para o tema da discricionariedade, conforme se afere no capítulo 4.

Ao final, serão estudadas algumas propostas de parâmetros de avaliação instrumental da decisão, sem pretensão de exaustão, para aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a um caso concreto, no afã de fornecer uma margem de prestação de contas e de controlabilidade ao operador do direito.

2 INFLUÊNCIAS DO NEOPROCESSUALISMO. AFINAL, ESTAMOS VIVENDO UMA NOVA FASE PROCESSUAL?

Antes de entrar no tema específico, é indispensável tratar sobre a metodologia de compreensão do direito processual atual, que se convencionou chamar de “Neoprocessualismo”, cuja obra aqui tomada como referência é de Cambi (2009, p. 78-159). Pretende-se, de forma sucinta e não exauriente, fazer uma abordagem superficial das suas principais características, expondo as contribuições para o sistema de resolução de conflitos.

Segundo essa obra (p. 83/159), o panorama processual atual é marcado pela superação do legalismo, força normativa da Constituição, método concretista da norma jurídica, superação do formalismo jurídico (e processual), rejeição do império do silogismo judicial, refinamento da interpretação e argumentação (pretensão de verdade ou de correção), fim da rígida separação do direito e moral e importância dos precedentes.

Igualmente, Didier Jr. (2010b, p. 258/259) destaca algumas características do pensamento jurídico contemporâneo: a) reconhecimento da força normativa da Constituição e de que vivemos em um Estado Constitucional e não mais Legislativo, fato que gera a valorização da teoria dos direitos fundamentais e o princípio de sua máxima aplicabilidade e eficácia; b) desenvolvimento da teoria dos princípios, os quais são normas jurídicas com eficácia imediata; c) inegável mutação hermenêutica e reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; d) expansão da técnica legislativa das normas de textura aberta.

Com isso, há uma constante releitura das principais categorias do direito processual e o principal reflexo desta nova fase é a elaboração de um novo Código de Processo Civil. O enfoque da tutela constitucional do processo e a jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, inclusive com ampliação de abrangência da jurisdição para os direitos coletivos.

E o grande mérito do neoprocessualismo é a mentalidade direcionada à proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem sintetizada nas palavras de Sampaio Junior (2009, p.43):

O arcabouço jurídico que alicerça o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo tem uma fonte só, qual seja, a necessidade imanente que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição saiam do papel e passem a fazer parte da vida das pessoas, sendo importante a função jurisdicional. Todavia, o mais relevante é que esses direitos sejam cumpridos pelo poder público e particulares em geral, daí porque a Constituição tem que ser vista como norma de caráter obrigatório. Por isso que se diz que o resultado da influência das garantias constitucionais processuais em todos os ramos do processo conduzem ao neoprocessualismo...”.

Utilizando-se da nomenclatura de “formalismo-valorativo”, Oliveira (2010, p. 22-23) conclui de forma similar:

Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o formalismo-valorativo. Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição, e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. (...)

O neoprocessualismo busca construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional, rompendo com uma tradição formalista do direito processual.

O processo deve ser pensado sob o enfoque da cidadania ativa e solidária, o que revela o processo cooperativo, traduzido nos deveres do juiz de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio aos litigantes.

O ponto que se apresenta crucial nessa nova mentalidade é o reconhecimento do contraditório substancial como garantia indispensável à consagração do processo justo¹, sobretudo no viés do direito de influência. A partir daí, com a necessidade da participação e

¹ Faria (2012, v. 2, n. 15), faz interessante conotação sobre o contraditório e neoprocessualismo:

A partir do neoprocessualismo (ou de qualquer outro nome que se queira dar a esse movimento), o contraditório passa a ser visto, simultaneamente, como regra processual, a ser observada invariavelmente em todos os ritos e tipos de processo e, também, como elemento indispensável à obtenção da igualdade concreta entre os litigantes, o julgador e todos os sujeitos intervenientes do processo, numa relação permanente, franca e perene de inter-relação. Além disso, o direito de participar ativamente do processo, que decorre necessariamente do princípio constitucional do contraditório, determina que i) nenhuma decisão judicial seja tomada sem que as partes sejam ouvidas previamente, a fim de que seus escritos possam ser tomados em conta pelo julgador quando da construção da decisão; ii) seja dada efetiva ciência, preferencialmente real, de todos os atos do processo, a fim de que todos os interessados possam, eficazmente, dentro de um prazo razoável, analisá-los, estudá-los e, se for o caso, manifestar-se; iii) haja garantias de que todos os meios de prova constitucionalmente legítimos sejam facilmente manejados pelos interessados, para que as alegações retocitadas possam, realmente, servir de elementos robustos e seguros para a formação do conhecimento do juiz.

cooperação das partes com o juiz, de modo substancial, gera a legitimidade da decisão judicial. Resultam novos princípios, como a proibição da decisão surpresa, por exemplo.

Por consequência, em decorrência do processo dialético e argumentativo, há um salto qualitativo no dever de motivação das decisões judiciais. O maior reflexo disso é o § 1º do art. 489, do Novo Código de Processo Civil. Segundo o dispositivo não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O reflexo de que estamos vivendo uma nova fase, além do novo código projetado, está traduzido na própria jurisprudência que utiliza formalmente a nomenclatura “neoprocessualismo” para fundamentar suas decisões². Em outras palavras, pode-se perceber

² Vide, exemplificativamente, trechos de três acórdãos de diferentes Tribunais Brasileiros:

Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região: Estamos na era do neoconstitucionalismo e **neoprocessualismo**, onde não devemos levar em consideração apenas o Princípio do Devido Processo Legal Objetivo, de que as partes têm o direito a um julgamento seguido de um formalismo legal. Mas temos que nos aprofundar também na outra face deste princípio mãe, que é o Devido Processo Legal Substancial, de que não se deve conceder a tutela apenas de um processo devido, mas, principalmente, este tem que proporcionar uma decisão justa, equilibrada, razoável e efetiva (TRT-19.ª Reg. - RO 01248.2006.002.19.00-0 - j. 6/11/2008 - julgado por Vanda Lustosa - Área do Direito: Constitucional; Trabalho; Fundamentos do Direito) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Hoje, o Direito tem sido técnica – universalista, repetidor, procedimental. Nas origens ocidentais greco-romanas, imbricava-se ao justo. Era arte, e não técnica. Estava mais próximo dos fatos, das coisas, das pessoas. Modernamente, o Direito tem sido uma “busca formal, processualizada em ritos e normais estatais.

Urge que se superem, então, o positivismo jurídico e o formalismo processual, que se desperte do sono dogmático, principalmente nos países de modernidade tardia, como o Brasil. O neoconstitucionalismo propõe uma nova metodologia jurídica. O **neoprocessualismo** incorpora a necessidade de pensar os institutos jurídicos a partir das bases constitucionais. Logo, novas ideias assomam à porta dos intérpretes, para reverem-se posições tradicionais e transformar-se a realidade pela via jurídica (TJSP - Ação de Indenização 0005261-74.2013.8.26.0297 - j. 10/10/2013 - julgado por Fernando Antônio de Lima - DJe 10/10/2013 - Área do Direito: Civil; Processual; Consumidor).

Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Já se fala, nesse contexto, de um **neoprocessualismo**: o estudo e aplicação do direito processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico.

No Rio Grande do Sul, ainda de acordo com Didier Jr., sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, foi desenvolvida uma concepção teórica denominada formalismo-valorativo, que busca pensar o direito

a nova fase pela mudança de mentalidade dos julgadores no enfrentamento dos mais variados temas.

Por fim, esta nova feição da atividade jurisdicional remodelou o Direito Processual, pois, com a criatividade da função jurisdicional, expandiu-se a técnica das cláusulas abertas no direito processual. O órgão jurisdicional é convocado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos:

O direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como ‘pontos de erupção da equidade’ (DIDIER JR., 2010a, p. 34).

Esta nova fase, portanto, demonstra o amadurecimento da democracia brasileira que abraça uma Constituição com denso conteúdo de valor e com técnicas processuais adequadas e céleres para proteção dos direitos violados.

É muito importante para o desenvolvimento dos capítulos seguintes, situar este panorama processual contemporâneo e conhecer os paradigmas neoprocessualistas³.

processual a partir do *neoprocessualismo* com o reforço dos aspectos éticos do processo com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação, que é decorrência do devido processo legal e da boa-fé processual. Busca-se, pois, ressaltar a ética no papel dos sujeitos processuais (partes, juízes). (TJMG - ApCiv 5673136-94.2009.8.13.0145 - j. 24/4/2012 - julgado por Veiga de Oliveira - Área do Direito: Civil)

³ Um trecho da exposição de motivos do Novo CPC mostra que estamos, de fato, em uma nova fase do direito processual:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

3 NOÇÃO DE CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

3.1 Significado e finalidade dos conceitos jurídicos indeterminados. 3.2 Conceitos jurídicos indeterminados e a pluralidade de soluções no caso concreto. Vagueza pragmática ou indeterminação casuísta.

3.1 Significado e finalidade dos conceitos jurídicos indeterminados

Como o novo texto processual trouxe expressamente o tema “conceito jurídico indeterminado”, para falar da sua aplicação é indispensável esclarecer seus delineamentos teóricos e se aproximar da temática.

Primeiramente, o tema proposto não é um tema de direito processual, mas vai aflorar no processo. A problemática da indeterminação é do direito. O tema da indeterminação das normas abertas é um tema de teoria do direito.

Em decorrência dos seus desdobramentos e da utilização do termo “conceito jurídico indeterminado” no texto do Novo Código de Processo Civil, aqui se tentará abordar uma conceituação, mas sempre atento ao aporte teórico que trata sobre a temática na teoria geral do direito.

É possível compreender a indeterminação do direito em subsistemas, no caso o subsistema processual. Como se proceder para substanciar esses conceitos, que não têm uma determinação prévia num ambiente processual? Eis a delimitação do tema.

Primeiramente, analisar-se-á o conceito jurídico indeterminado a partir de textos normativos, emprestando como referenciais teóricos as propostas de elucidação da indeterminação do direito sob a ótica positivista, em especial de Kelsen (2003) e Hart (2009).

Isso porque a questão central para os positivistas clássicos é a elucidação normativa de um texto. Assim, o que se buscará é um parâmetro para revelar em que consiste um conceito jurídico indeterminado operacional, ou seja, aquele que será revelado em um processo judicial, definido pela base fática e em diálogo entre as partes e o juiz.

Tentar-se-á, portanto, sugerir critérios, padrões e técnicas para elucidação de um sentido do conceito jurídico indeterminado, visualizando-o enquanto ferramenta para prática processual.

Ademais, a doutrina faz diferença dos conceitos vagos, dividindo-os em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Nos conceitos jurídicos indeterminados, a hipótese fática da norma é indefinida, enquanto nas cláusulas gerais tanto a hipótese fática como o conseqüente normativo, isto é, a eficácia atribuída ao fato jurídico gerado pela incidência da norma, são vagos¹.

Ambos, contudo, são categorias de normas de textura aberta. A diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é de grau de indeterminação, e as variações e graus de indeterminação não serão objeto deste estudo.

Para efeito deste trabalho adota-se como conceito jurídico indeterminado todas as expressões normativas de textura aberta, compreendidas as classificações de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais², pois acredita-se que foi exatamente essa a intenção do novo código de processo civil quando aglutinou todas as classificações no termo “conceito jurídico indeterminado”.

Não quis o legislador tratar da fundamentação dos graus de indeterminação, mas sim da motivação e preenchimento das normas de textura aberta. Tanto isso é verdade que na redação original do projeto de lei do Senado Federal, o Art. 477, parágrafo único³ trazia referência às três categorias normativas: conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos.

¹ Como aponta Macedo (2015, p. 185):

Ambos, consoante a definição mais frequente no direito brasileiro, são dotados de vagueza semântica diferenciados pela gradação em que tal característica se apresenta: nos conceitos jurídicos indeterminados a hipótese fática da norma é indefinida, enquanto nas cláusulas gerais tanto a hipótese fática como o conseqüente normativo, isto é, a eficácia atribuída ao fato jurídico gerado pela incidência da norma, são vagos.

² Sobre a diferença doutrinária entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais processuais, enquanto duas categorias distintas vide Didier Junior (2010a, p. 33). Merke (2004, p. 5), igualmente, relata a diferença:

Segundo Judith Martins-Costa, elas não se confundem com conceitos jurídicos indeterminados, e deles devem ser distinguidas, esclarecendo que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser de duas espécies: os referentes a valores e os concernentes a realidades fáticas. Como exemplo destes últimos teríamos as expressões ‘dinheiro necessário’ (art. 432, CC/1916) e ‘animal bravo’ (art. 593, I, CC/1916).

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também apresentam vagueza semântica e reenvio a standards. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as conseqüências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo. Na cláusula geral isso não ocorre, a operação intelectual do juiz é mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as conseqüências práticas.

³ Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença 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.

Afinal, o que é conceito jurídico indeterminado?

Primeiramente, estabelecer um conceito deve implicar a capacidade de distinguir o objeto conceituado de outros ou de, pelo menos, fazer o ser cognoscente pensar sobre algo (objeto conceituável) (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 34).

Deter um conceito de alguma coisa é estar apto a distingui-la de outras coisas, identificando seus traços distintivos específicos e genéricos, estando apto, de algum modo, a pensar ou raciocinar sobre ela.

O termo conceito indeterminado é uma contradição lógica. Se é conceito, não é indeterminado. O ideal seria termo jurídico indeterminado⁴. Na medida em que ele se determina, passa a ser conceito. O conceito tem traços gerais que englobam uma série de objetos e possibilidade que podem estar no seu núcleo.

Sobre o esclarecimento da expressão, leciona Filgueiras Junior (2007, p. 35) que

O conceito é uma suma de ideias, produto da apreensão e reflexão do ser que conhece. Noutras palavras, poder-se-ia dizer que os conceitos são construções lógicas, criados a partir ou de impressões sensoriais e percepções, ou mesmo de experiências bem complexas. É assim que, do ponto de vista estrutural, o conceito se apresenta.

O conceito é aquilo que a mente concebe ou entende acerca de determinado objeto. Uma ideia ou noção de uma realidade. Os conceitos jurídicos, portanto, refletem o que o Direito vigente concebe sobre determinada realidade fática. Ou seja, qual o efeito jurídico aplicável, quando identificado que os fatos estão inseridos dentro do campo de incidência do conceito.

Ocorre que as normas jurídicas se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos, sentidos. O conceito jurídico é, pois, um sentido, uma significação.

Esse sentido jurídico compõe a norma jurídica, que é a ordem que, tendo em vista modelos ou tipos de fatos sociais, deve ser observada de maneira objetiva e obrigatória pela sociedade destinatária dos seus comandos. Portanto, do ponto de vista formal, a norma jurídica de obediência obrigatória é veiculada no sistema jurídico pelas palavras escritas ou termos, que compõem o texto das leis.

⁴ Grau (2003) afirma que não existem conceitos indeterminados. Segundo ele, o conceito jurídico tem sempre uma significação determinada, a indeterminação não é dos conceitos, mas sim das suas expressões, isto é, dos seus termos.

Nesse sentido, o conceito jurídico é um sentido (uma significação), que compreende uma realidade, por uma ou várias palavras, conjunta ou separadamente. O professor Filgueiras Junior (2007, p. 37) expõe precisa lição sobre conceitos e termos jurídicos:

Assim, as palavras (ou termos) da lei são meros rótulos ou etiquetas que o Poder Político utiliza para comunicar conteúdos que são os verdadeiros conceitos jurídicos. Ou, por um raciocínio de ordem inversa do exposto, a lei é tradução de conceitos (...)
 Por isso, os termos constituem signos que dão ao jurista o ponto de partida para que possa construir um sentido normativo dotado de juridicidade.
 Ora, se as palavras são signos ou rótulos, pressupõem a existência de um significado ou de um rotulado. Admitir, ainda que hipoteticamente, a inexistência de um sentido que a palavra tenta expressar é desconsiderá-la como linguagem, é afirmar que nada comunica (...)
 Decorre desse entendimento que o conceito – e, portanto, o conceito jurídico – está entre a palavra e o objeto.

O problema é que nesses signos, rótulos, palavras, termos, existem incertezas de natureza semântica que são responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos. A semântica é o ramo que estuda a evolução do sentido das palavras através do tempo e do espaço, com especial destaque à semiótica, doutrina filosófica geral dos sinais e símbolos, especialmente das funções destes, tanto nas línguas naturais quando nas artificialmente construídas.

Como leciona Faria, E. (2010, p. 240), a semântica é a parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os objetos da realidade que pretendem designar. É o estudo do significado das palavras, frases ou orações e, como tal, passível de averiguação de veracidade objetiva. A análise semântica dos símbolos (palavras) e a condição de sentido de seus enunciados têm relação direta com as condições empíricas para sua validade. Logo a incerteza de sentido dos símbolos tem relação direta em bases pragmáticas; a indeterminação, anuncia-se desde já, revela-se quando existe um objeto a ser conceituado, no cotejo entre a prática e o enunciado.

Em decorrência dessa incerteza em relação ao sentido dos símbolos (neste caso as palavras) – ou seja, o que eles querem dizer? O que significam? Qual o contexto da sua significação no tempo e espaço? – é que existem conceitos determinados ou indeterminados⁵. O doutrinador alemão Engisch explica (1996, p. 208/209) que:

⁵ Destaca o professor A. Saddy (2009, p. 83):

Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados, são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões, termos, termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço.

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. (...) podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde dúvidas começam, começa o halo do conceito”⁶

Por exemplo, o conceito de litisconsórcio é a pluralidade de pessoas no polo de uma ação. O conceito de competência é o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. O conceito de parte é aquele que participa do processo com a parcialidade sujeitando-se aos efeitos da coisa julgada. São conceitos jurídicos determinados, que delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica.

Por outro lado, dentro da ciência processual, o conceito de “prova inequívoca”, “motivo justificado”, “documentos elucidativos”, “resultado prático equivalente” são, abstratamente, indeterminados.

Saddy (2009, p. 84/85) relata que são três as incertezas semânticas: a polissemia, a vagueza e a textura aberta. Explica o professor:

A polissemia deriva de as equivalências da relação de significação não estabelecerem apenas um significado para um significante, que acaba por levar o intérprete à dúvida sobre qual o significado que é adotado do enunciado da norma. Já a vagueza se caracteriza pela imprecisão do significado, não tendo a palavra fronteira definida para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra. E a textura aberta decorre da verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas que geram a dúvida sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo léxico.

Outra importante contribuição sobre o tema vem de Garcia de Enterría e Fernandez (2001, p. 460). Eles aduzem que na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado é identificado um núcleo fixo ou “zona de certeza”, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza e uma zona de “certeza negativa”, também segura quanto à exclusão do conceito.

Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação. Vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado, são exemplos de tais expressões. No plano da linguagem comum, tais expressões poderiam ser consideradas como sinônimos. No entanto, entende-se que existe distinção de cada uma dessas expressões; opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como gênero de forma de linguagem que a geram.

⁶ E prossegue, através de exemplos, o professor alemão, Engisch, 1996, p. 209:

que numa noite sem luar, pelas vinte e quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão na nossa latitude, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir as horas do crepúsculo. É fora de toda a dúvida que os imóveis, os móveis, os produtos alimentares, são coisas; mas outro tanto se não poderá dizer, por exemplo, relativamente à energia eléctrica ou a um penacho de fumo (formando letras de um reclame) no céu. É certo e seguro que, verificado o parto bem sucedido e o nascimento de uma criança de progenitores humanos, estamos em presença de um “homem” em sentido jurídico; mas já não tem resposta tão segura a questão de saber se e em que momento nos encontramos perante um “homem” (e não já um simples feto) logo durante os trabalhos de parto (depois de iniciadas as contracções). Esta questão receberá mesmo diferentes respostas consoante os diferentes ramos do direito...

Seria nessa zona de incerteza, na zona de penumbra, que haveria maior dificuldade para encontrar a solução. E a indeterminação / vagueza / incerteza pode aparecer nas normas jurídicas não só na chamada hipótese como ainda na estatuição⁷. Ou seja, é possível ter indeterminação tanto nas hipóteses de incidência (hipótese normativa), como nas consequências jurídicas (estatuição).

Exemplo do conceito indeterminado na estatuição é o conceito de “medidas necessárias” previsto no Art. 536, do Novo Código de Processo Civil⁸. Por outro lado, o mesmo conceito de “medidas necessárias” consta na hipótese do Art. 622, IV do NCPC⁹.

Perceba-se, no primeiro caso, são indeterminadas as “medidas necessárias” (consequências jurídicas) para quem descumpre o preceito cominatório consignado em sentença; no segundo caso, são indeterminadas as hipóteses fáticas contidas na expressão “medidas necessárias”, que ocasionarão a remoção do inventariante.

Aliás, a doutrina muito discute acerca da indeterminação do conceito, da distinção entre os conceitos legais indeterminados¹⁰, assim como distingue seus diferentes graus de indeterminação¹¹. Todavia, para o desenvolvimento deste trabalho, será irrelevante esta

⁷ Engisch, (1996, p. 210). Cabe anotar que a hipótese normativa é a previsão, que representa o fato concreto, que uma vez verificado, desencadeará a estatuição. Esta, por sua vez, é o resultado da implicação que o Direito impõe, sempre que se verifique a previsão. Reflete a consequência jurídica do fato.

⁸ NCPC, Art. 536. “No cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”.

⁹ NCPC, Art. 622. “O inventariante será removido de ofício ou a requerimento: IV – se não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar e cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos”.

¹⁰ Faz-se a seguinte distinção entre os seguintes “conceitos indeterminados”: conceitos descritivos – são aqueles que se referem a objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade (“homem”, “morte”, “escuridão”, etc.); conceitos normativos – visam a dados que não são simplesmente perceptíveis ou percepcionáveis pelos sentidos, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis (“roubo”, “menor”, “casamento”, etc) conceitos de valor – contêm uma valoração (imoral, indigno, etc); conceitos discricionários – atribui ao seu intérprete e aplicador uma livre discricção, um poder discricionário, valendo a sua apreciação como definitiva (SOUZA, 1994, p. 22)

¹¹ O autor português Souza (1994, p. 23-24), por exemplo, assim se posiciona sobre os graus de indeterminação, que para ele está no conceito: “Alguns conceitos reúnem o consenso generalizado com relativa facilidade. Assim, p.ex., o conceito ‘mesa’ raramente poderá suscitar grandes dúvidas quanto ao seu referente (excepto no caso de estarmos perante um objeto com uma forma pouco comum, em relação à sua configuração tradicional). Relativamente a outros conceitos, esse consenso já é mais difícil de se obter. Por exemplo, o conceito ‘coisa’. Será um penacho de fumo no céu uma coisa? O que deve entender-se por ‘paz nocturna’, por ‘perigo’, ou por ‘ruído’? Finalmente, ainda relativamente a outros conceitos, o consenso é quase impossível de se obter, já que sua interpretação ocorre sempre, ou quase sempre, associada a uma perspectiva necessariamente pessoal, moldada de acordo com os padrões morais, sociais, culturais, políticos e religiosos do indivíduo (p. ex., o ‘valor histórico’ ou ‘monumental’ de um prédio, a ‘ofensa a moral pública’ de uma revista ou de um filme, o atentado à ‘beleza da paisagem’ ou ao ‘equilíbrio ecológico’, a ‘perturbação da ordem pública’ ou do trânsito, a ‘idoneidade’ de um funcionário, a ‘conveniência’, ‘adequação’ ou ‘necessidade’ de uma medida administrativa, etc”.

discussão, pois nossa proposta é trabalhar com um conceito prático operacional, que permita visualização objetiva na sua aplicação.

Assim, exposto o significado e bases teóricas do “conceito jurídico determinado”, importante tratá-lo casuisticamente. Isso porque, respeitados todos os autores que tentaram explicar abstratamente o conceito de “conceito jurídico indeterminado” se faz necessário afirmar que a interpretação do conceito jurídico indeterminado deve ser calibrada pelo juiz levando em consideração a perspectiva do julgamento no plano operacional.

Mister estabelecer esta premissa para prosseguir.

3.2 Conceitos jurídicos indeterminados e a pluralidade de soluções no caso concreto.

Vagueza pragmática ou indeterminação casuísta

Este tópico tende a explicar que a melhor forma de operacionalizar o conceito jurídico indeterminado é no momento da sua aplicação em um determinado caso concreto. E mais, apenas pode-se dizer indeterminado àquele conceito que permitir mais de uma solução no caso concreto.

Afinal, é o contexto da aplicação que determina o sentido de um texto. Sem analisar as circunstâncias de um caso concreto, a indeterminação de um texto é potencial, especulativa.

Por isso, os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Como refere Saddy (2009, p. 89):

Somente pode ser analisada quando diante de um caso concreto, só nele que se pode aferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será, assim como a discricionariedade, uma indeterminação em potencial, meramente especulativa. Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato poderia não haver a indeterminação do Direito, se tal não se confirmar diante do caso concreto.

Trata-se de espécie de indeterminação que o professor Baldare Pastore determinou de “indeterminação casuística”, também chamada de “vagueza pragmática” por Filgueiras Junior (2007, p. 133), e representa aquela espécie de indeterminação que se verifica por exclusiva decorrência da situação que se apresenta.

Por conseguinte, o critério objetivo, para elucidar a indeterminação do conceito, é a constatação da existência, no momento da aplicação, de mais de uma solução possível. É a

verificação da possibilidade de escolha entre várias alternativas de fatos possíveis que representam a indeterminação do conceito.

Filgueiras Junior (2007, p. 99/101) faz abordagem estática do tema e conclui de forma simples que:

poderá ser considerado um conceito jurídico indeterminado quando, em razão da incerteza acima referida, restar pelo menos duas espécies de compreensões possíveis (aceitáveis, razoáveis) dele decorrentes, levantadas a partir de um caso concreto.

E prossegue o professor:

... a indeterminação jurídica pode ser conceituada como a impossibilidade de identificar, por meio do procedimento interpretativo técnico jurídico, a correta e única solução para a aplicação de uma norma ou parte dela a um determinado caso concreto.

Não se pode negar que o preenchimento do conceito jurídico indeterminado é pragmático ou casuísta, pois remete ao caso concreto para que se possa aferir sua existência.

É notória a presença de um pluridimensionalismo nesses conceitos que não é sempre dissipado pela escolha subjetiva do operador ou pelo processo de interpretação. Isso porque a própria técnica interpretativa pode levar a mais de uma solução juridicamente possível, isto é, a uma pluralidade de soluções possíveis¹². Já colacionava Bernatzik (apud MELLO, 1992, p. 23) que

existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexactidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa.

Portanto, mesmo que constatada a indeterminação linguística (vagueza), a aplicação do conceito só poderá ser determinada no caso concreto. Essa ideia é bem trabalhada por Endicott (2000)¹³, quando esclarece que a vagueza não é um aspecto linguístico do Direito.

Por mais que se verifique abstratamente a possibilidade de indeterminação, ela só se confirmará no caso real. A confirmação real e definitiva da existência da indeterminação só

¹²Talamini (2002, p. 71) acrescenta que:

A pluralidade pode advir da presença no texto da lei de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos de múltipla significação. Neste caso, embora a remissão ao juízo subjetivo do administrador não seja expressa pela lei, não há outra forma de se decidir a questão a não ser recorrendo a esta remissão. E a presença de conceitos indeterminados leva a alguns casos, inevitavelmente, a uma pluralidade de soluções possíveis.

¹³ “Eu não pretendo dizer que a vagueza é puramente uma característica linguística da lei. E este livro não se propõe a estudar a relação entre a Lei e a linguagem” (tradução nossa) (ENDICOTT, 2000, p. 05). Cabe destacar que a vagueza a que o autor se refere envolve todo o tipo de indeterminação, inclusive a linguística. É importante fazer essa observação, porque aqui se adota como indeterminação um fenômeno específico da aplicação do direito.

poderá ser verificada diante do caso concreto. Por isso não basta a imaginação para atingir a certeza da existência de indeterminação, deve-se estar efetivamente perante o caso real (FILGUEIRAS JUNIOR, 2007, p. 103).

Portanto o problema dos conceitos jurídicos indeterminados reside na aplicação, no seu preenchimento.

Se, em tese, pela vagueza semântica das palavras, o conceito pode parecer indeterminado, mas se no momento de sua aplicação ao caso concreto, houver apenas uma solução possível suscitada pelas partes ou juiz, o conceito é determinado, justamente porque não havia outras alternativas e/ou soluções possíveis e plausíveis no caso concreto¹⁴.

Perceba-se o raciocínio pelo seguinte exemplo. O Art. 798 do Código de Processo Civil de 1973 prevê que “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

O conceito de “medidas provisórias” é, virtualmente, indeterminado. Imagine-se que uma empresa mineradora está despejando resíduos num rio. O Ministério Público ajuíza uma ação cautelar, pedindo a interdição da atividade, como “medida provisória”. Ao ser citada, a empresa não sugere outra “medida provisória”, apenas nega que ela é necessária e, pela análise das circunstâncias do caso e o contraditório formado, não se vislumbrou outra medida para evitar a lesão grave, que não a interdição das atividades.

Portanto, no caso hipotético, existe apenas uma solução possível (a interdição da atividade) e o conceito jurídico de “medida provisória” é determinado.

Por outro lado, caso a empresa, após citada, sugerisse que a “medida provisória” seria o estabelecimento de um filtro para eliminar a toxidade do resíduo, a construção de uma bacia

¹⁴ O professor pernambucano Macedo (2015, p. 187) faz esta mesma constatação quando afirma que: em certas hipóteses o enquadramento será fácil, comunicando o enunciado fático com a descrição legal, ainda que fluida, do tipo normativo; todavia, no mais das vezes, o julgador se verá defronte com duas ou mais soluções e, nesses casos, é imperioso que sejam fixados parâmetros mínimos à concretização da norma, para que possa atingir um resultado justo”.

A mesma conclusão chega Filgueiras Junior (2007, p. 148):

Não se pode perder de vista que, quando se qualifica um conceito como conceito jurídico indeterminado, não se pode aceitar tal qualificação como conceito jurídico indeterminado, não se pode aceitar tal qualificação como imutável. Um conceito que, em cotejo com um fato ou complexo fático, apresentar mais de uma interpretação aceitável, porque localizadas na zona de incertezas, poderá, em momento histórico distinto, tornar-se um conceito jurídico indeterminado perante o mesmo fato ou complexo fático, na medida em que as concepções sociais são inequivocadamente ondulantes, estão em constante mutação.

para despejar os resíduos ou a contratação de uma empresa especializada para fazer o transporte dos resíduos, o conceito passaria a ser indeterminado, visto que haveria várias soluções possíveis no caso concreto.

Logo a noção de indeterminação casuística significa o encontro de várias soluções, possíveis reveladas dentro da relação jurídica processual pelas partes ou pelo juiz.

Não existem conceitos jurídicos indeterminados sem a análise do caso concreto. Ora, o conceito jurídico é indeterminado justamente quando não se pode delinear precisamente sua relação com a realidade. Em outras palavras, que não deixam a seu intérprete a compreensão exata de quais significados possuem o objeto e a realidade abarcada, ou seja, são os conceitos que deixam dúvida de duas ou mais compreensões de seu significado, quando visualizado o caso concreto.

Com efeito, a indeterminação jurídica deriva da impossibilidade real de revelar o único ou parte do sentido do termo, após a utilização dos meios interpretativos, no momento da aplicação do Direito a uma situação real¹⁵.

Reconhece-se que os tribunais formulam suas decisões de modo a dar a impressão de que estas são consequência necessária de normas predeterminadas cujo resultado é fixo e claro. Em muitos casos corriqueiros isso pode ser verdadeiro, mas na vasta maioria deles, nem a legislação, nem os precedentes, nos quais as normas estão supostamente contidas, permitem um resultado único. Na maioria dos casos o juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei e até mesmo entre interpretações conflitantes sobre o que significa um precedente.

É com base nessas premissas que Hart (2009, p. 16) afirma, categoricamente, que as normas jurídicas podem ter um “núcleo de significado incontestável” e, em alguns casos, pode até ser difícil imaginar divergência quanto ao significado da norma, entretanto “todas as normas têm uma penumbra de incerteza na qual o juiz precisa escolher entre alternativas”¹⁶.

¹⁵ É esclarecedora a lição de Saddy (2009, p. 87/89) sobre a indeterminação e a pluralidade de soluções:

Portanto, a indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de identificar, a única ou parte do significado, por meio da interpretação, diante do caso concreto [...] Somente pode ser analisada quando diante de um caso concreto, só nele que se pode aferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato [...] Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato, poderia não haver indeterminação do Direito, se tal não se confirmar diante do caso concreto.

¹⁶ O professor de Oxford (HART, 2009, p.16) se utiliza de um exemplo interessante para confirmar a incerteza que paira na própria (suposta) clareza do texto legal:

Em igual conclusão chega Engisch (1996, p. 218/219), ao responder o que significa a margem de livre apreciação no conceito indeterminado:

... ela não remete para outra coisa que não seja a possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes de decisão, quer o espaço livre esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas (conceder ou não uma autorização, uma homologação, fazer ou não uma concessão, conceder ou não uma naturalização, aprovar ou reprovar num exame ou concurso, etc.) ou entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva (nomeação de um professor universitário para uma cátedra, de uma lista nominativa de três; apreciação de um trabalho, sob um dentre vários aspectos; escolha de uma determinada medida da pena, de entre as numerosas medidas comportadas dentro da moldura penal). Também relativamente ao ‘espaço de livre apreciação’, de que já iremos falar, deve ser igualmente verdade que se trata da possibilidade de se decidir por uma de entre várias alternativas. Se confrontarmos a possibilidade ou liberdade de escolha com o critério da ‘pluralidade de sentidos’, apenas faremos ressaltar que aquela possibilidade de escolha aparece encastoadada na indumentária linguística de um conceito indeterminado (p. ex., “interesse público”) que pode ser entendido e aplicado de maneiras diferentes.

Essa ideia se contrapõe à corrente que admite haver apenas uma solução justa no caso concreto, denominada doutrina da Univocidade¹⁷, como defendem os espanhóis Garcia de Enterría e Ramón Fernandez (2001, p. 444), segundo os autores, a lei se utiliza de conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta de um bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação. A aplicação de tais conceitos ou da qualificação de circunstâncias concretas não admitiria mais de uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito ou há boa-fé ou não há; o preço é justo ou não o é; ou se faltou probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto seria o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz numa indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso.

Segundo a tese dos autores, por mais amplas que se apresentem as possibilidades, a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados seria perfeitamente delimitável por aplicação

Mesmo o significado da cláusula aparentemente inocente da Lei dos Testamentos, que diz que o testador deve necessariamente *firmar* o testamento, pode mostrar-se duvidosa em certas circunstâncias. Que ocorreria se o testador usasse um pseudônimo? Ou se grafassem apenas suas iniciais? Ou ainda se assinasse seu nome completo e correto, sem necessidade de ajuda, mas no alto da primeira página e não no fim da última? Seriam todos esses casos equivalentes a ‘assinar’ ou ‘firmar’, no sentido pretendido pela lei?.

¹⁷ Sicca (2006, p. 41) esclarece:

A tese da univocidade tem sua origem na obra do autor austríaco Tezner, com a pretensão de contraditar o pensamento de Bernatzik. Sustentava o primeiro que a escolha realizada diante de preceitos portadores de conceitos indeterminados não pode chegar senão a uma única resposta correta. O interesse público para ele, é uma categoria jurídica passível de solução no caso concreto a partir do critério objetivo do “melhor possível”, resultado a que chega o administrador com base em um procedimento dedutivo semelhante àquele utilizado para a interpretação das normas jurídicas em geral.

do conceito legal a situações reais, de modo que, por mais amplas que tais situações possam ser, sempre poderá decidir-se com certeza.

Garcia de Enterría e Ramón Fernández (2001, p. 447), apesar de defenderem que existe apenas uma solução justa, lecionam que a concreção dessa solução nem sempre é fácil. Na estrutura do conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo ou “zona de certeza, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou halo conceitual, mais ou menos imprecisa e, finalmente uma “zona de certeza”, também segura quanto à exclusão do conceito. Conhecendo esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de precisar a solução justa se encontra na zona de imprecisão (no halo conceitual), porém a dificuldade desaparece nas zonas de certeza, positiva e negativa.

Para os adeptos da doutrina da univocidade, sustentar a admissibilidade de uma margem de apreciação, significa recolocar os conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da discricionariedade, o que comprometeria a segurança dos particulares. Portanto, ao afirmar que existe apenas uma solução para o caso concreto, defendem que não existe discricionariedade na aplicação dos conceitos indeterminados (SICCA, 2006, p. 42).

Não haveria, com efeito, margem de apreciação na zona de imprecisão do conceito indeterminado, mas tão somente de um âmbito puramente cognoscitivo e interpretativo da lei na sua aplicação aos fatos concretos. Contudo Garcia de Enterría e Ramón Fernández (2001, p. 447), defendem a existência de uma única solução, pois advogam a favor do controle jurisdicional do ato administrativo que aplica os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, se existe um problema de aplicação e interpretação da lei, a competência para revisão é do Poder Judiciário, em última instância.

Com a devida vênia, a ideia de que existe apenas uma solução possível para o caso concreto parece algo utópico. Afinal, a ideia de solução justa implica, por sua própria natureza, certo juízo de valor, um certo grau de subjetividade, além de expressar tentativa de engessar uma técnica legislativa que foi concebida justamente para ser móvel. O Direito não pode ser engessado a ponto de limitar-se ao binômio “falso ou verdadeiro”¹⁸. Afirmar que

¹⁸ Idêntica conclusão chega Macedo (2015, p. 188):

O posicionamento não parece correto, inclusive quando utilizados conceitos rígidos eis que na riqueza factual a diversidade de percepção e aplicação das normas é considerável, para tanto, basta observar o grande número de divergências jurisprudenciais que, em determinados casos, concilia interpretações plausíveis, o Direito não deve ser geometrizado a ponto de limitar-se ao binômio ‘falso ou verdadeiro’. Se postar pela univocidade da norma, ainda quando o legislador, a rigor, nem voz exprimiu, deixando-a a cargo do

existe univocidade de respostas, quando, não raro, sequer existe solução preexistente e, muito menos, interpretação única e correta, é ignorar a função das normas de textura aberta no sistema, criadas com a finalidade precípua de dar mobilidade e flexibilidade criativa ao direito.

Aliás, defender que existe apenas uma decisão correta é afirmar que inexiste a discricionariedade, que é uma ferramenta importante e útil no sistema jurídico. Uma certa margem de incerteza do direito, com pluralidade de soluções é tolerável e até mesmo bem-vinda, pois possibilita uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos, para escolher aquela solução racional (HART, 2009, p. 325).

Ao advogar que existe apenas uma solução possível, parte-se de um pressuposto de que há uma racionalidade dedutiva unívoca, e o aplicador é onisciente e onipotente. O professor inglês (p. 169) também nega a possibilidade de uma única solução. Afirma que seria o “paraíso dos conceitos do jurista” se pudesse atribuir a um termo geral o mesmo sentido, não apenas em todas as aplicações de uma única norma, mas também todas as vezes que o termo surgisse em qualquer norma do sistema jurídico. Nenhum esforço seria então exigido, ou feito, para interpretar o termo à luz das diferentes questões em jogo, em suas várias recorrências.

Como afirmar que conceitos como “urgência no julgamento” (NCPC, Art. 12, §2º, IX¹⁹), “expressões ofensivas” (NCPC, art. 78²⁰) ou “postulações meramente protelatórias” (NCPC, Art. 139, III²¹), ensejam uma única resposta? A prática mostra que haverá intelecções não necessariamente uniformes, pois, como as realidades para as quais apontam são suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis, ampliam-se opiniões divergentes sobre o fato de haverem ou não chegado a se configurar.

Judiciário é contrária à própria razão de ser dos conceitos vagos, entendê-los como passíveis de uma única interpretação correta é petrificar o que é essencialmente móvel.

¹⁹ Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 2º Estão excluídos da regra do caput: IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

²⁰ Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

²¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

As relações humanas são demasiadamente numerosas, complexas e mutáveis para que se ache apenas uma possibilidade de compreensão. A prática demonstra que nem sempre se constata a presença de uma única situação possível de ser abraçada num só golpe de vista, tanto para distinção entre os fatos da vida social que mereçam sanção pública, como para que se determinem as condições, a natureza e os efeitos dessa sanção.

Em sendo assim, adota-se como uma ferramenta de elucidação do conceito jurídico indeterminado, o momento da sua aplicação no processo, quando encontre o operador mais de uma alternativa plausível e possível para solucionar o caso concreto.

4 DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO

4.1. Eliminando a indeterminação: a interpretação como meio para revelar as soluções possíveis no caso concreto. 4.2. O encontro das soluções possíveis e a discricionariedade de escolha. Existe discricionariedade judicial?

4.1 Eliminando a indeterminação: a interpretação como meio para revelar as soluções possíveis no caso concreto

Depois de esclarecida a adoção do conceito de vagueza pragmática, isto é, aquela que decorre da aplicação do termo aberto, com o encontro de, no mínimo, duas soluções ao caso concreto, é importante discorrer sobre a interpretação como método para revelar as soluções possíveis no preenchimento dos conceitos vagos.

A interpretação é uma atividade prática que tem a função de construir o conteúdo significativo dos termos normativos, justamente porque há uma cobrança acerca de uma completa segurança e certeza diante do fato real, afastando qualquer possibilidade do arbitrário e do contingente. Como normas jurídicas são exteriorizadas por palavras, estas têm de ser consideradas para a perquirição do sentido verdadeiro que buscam exprimir.

A questão da indeterminação dos conceitos se situa normalmente na imprecisão das palavras sob o aspecto linguístico, mas não se pode afastar a contextualidade da linguagem. Resulta daí que pode haver a indeterminação decorrente da incerteza condicionada pela imprecisão da linguagem e a oriunda da incerteza de avaliação da situação concreta (SANTOS FILHO In: GARCIA, 2012, p. 24). Seja qual for a hipótese cabe, porém, ao intérprete buscar qual o sentido exato ou mais próximo à exatidão do conceito previsto na norma.

De uma conclusão o intérprete não pode afastar-se: os conceitos jurídicos indeterminados são plurissignificativos, admitindo, em consequência, valores de diferentes graus por parte daquele que procura a inteligência da norma. A zona de incerteza, de penumbra, no “vácuo conceitual”, é o ambiente de maior dificuldade de interpretação e aplicação da norma. Por outro lado, nenhum - ou pouco - problema terá o intérprete no que concerne às zonas de certeza positiva e negativa.

Nessa esteira, sobretudo nos conceitos indeterminados, destaca-se a importância da interpretação jurídica. Esclarece Maximiliano (1994, p. 01):

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma, tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.

Importante fixar o conceito, pois mesmo variando em uma escala de grau de complexidade lógica, no momento de concretização do Direito ou mesmo de mera compreensão, não existirá enunciado normativo que não prescindia de uma necessária interpretação.

Corroborando Diniz (1991, p. 381):

a norma jurídica sempre necessita interpretação. A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir

Daí, a primeira conclusão que se tira é que tanto nos conceitos determinados, como nos indeterminados, haverá sempre a necessidade de delimitação do significado exato do conceito através da interpretação.

Assim, na aplicação do direito ao caso concreto, ao deparar-se com um “conceito jurídico indeterminado”, deve o aplicador fazer interpretação contextual da sistemática jurídica vigente, utilizando-se de todas as formas possíveis para “enxugar”, “crivar” todos seus significados jurídicos, por meio de recursos interpretativos.

Cabe registrar que a interpretação jurídica somente funciona por meio de atos de vontade. Isto é, pela interpretação, o aplicador procura e conhece o significado da norma – que na maioria das vezes é feito de forma subjetiva – e na aplicação nada mais faz do que inserir ao caso concreto o significado que extraiu através da sua tarefa interpretativa.

Kelsen (2003, p. 4) considera a norma como o esquema de interpretação, isto é, o que transforma algo em jurídico não é o ser natural em si, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. Deve o julgador, em sua função interpretativa, basear-

se nos ditames legais. Esse referencial teórico positivista é de suma importância, pois aqui se pretende extrair o sentido de termos indeterminados no texto legal.

O sentido jurídico específico de um fato ou ato só existe por intermédio de uma norma que lhe empresta a significação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa (KELSEN, 2003, p. 4).

Ocorre que, para Kelsen (2003, p. 394), a determinação normativa nunca é completa, ou seja, resta sempre uma margem de livre apreciação do julgador (a norma sempre tem um grau de indeterminação). Entretanto essa esfera de liberdade na análise do julgador é sempre limitada por uma moldura jurídica, que é o ordenamento hierarquicamente superior que a legitima.

A interpretação, portanto, é responsável pela escolha de uma das possibilidades que se inserem nessa moldura do direito. A questão da moldura que representa o Direito é figura de linguagem que se usa para afirmar que se compreendem dentro do sentido do texto legal diversos significados ou diversas maneiras de interpretar, igualmente possíveis, ou adequáveis àquela moldura.

Ela pode ser dividida em duas partes distintas. Primeiramente o intérprete se manteria neutro, agindo única e exclusivamente por um ato cognoscitivo (um ato desprovido de vontade, ou seja, um ato apenas de conhecimento). Essa interpretação cognoscitiva serviria para definir a moldura e conhecer todas as possibilidades de ação possíveis legalmente. Posteriormente, no segundo momento, por meio de um ato de vontade, o intérprete dentro das possibilidades definidas anteriormente escolherá uma de suas opções.

Segundo a Teoria Pura do Direito, a aplicação do Direito pelo órgão competente decorre da combinação de um ato de conhecimento agregado a um ato de vontade; esse mesmo órgão efetua, pelo menos num primeiro momento, uma escolha entre possibilidades reduzidas ou múltiplas contidas na lei. Na combinação, “cognição mais vontade”, acrescenta o aludido órgão, para completar o processo interpretativo, a qualificação do conteúdo da lei, de forma autêntica e criativa. Tal qualificação, invariavelmente, está sempre presente no processo interpretativo (KELSEN, 2003, p. 394).

Assim, não procura formular uma teoria de como as normas devem ser interpretadas num determinado ordenamento jurídico, mas apenas estabelecer o lugar da atividade interpretativa dentro do direito positivo.

Em outras palavras, interpretação e aplicação se dão em uma mesma operação, sendo extremamente difícil diferenciar onde se inicia uma e termina a outra. Há, portanto, uma relação de simbiose entre interpretação e aplicação, o que torna o estudo da interpretação tão importante para a elucidação do conceito jurídico indeterminado.

Interessante a constatação de Grau (2003, p. 208):

Porque a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação, o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõe.

Perceba-se que esta ideia é coerente com a premissa de que o conceito indeterminado se revela no momento da sua aplicação ao caso concreto e a participação do intérprete / aplicador é fundamental, pois tem o papel de reduzir a tensão e a distância existente entre o texto da lei e a realidade.

Afinal, o intérprete define os caminhos e métodos percorridos para revelar o sentido da norma, assim como delimita as questões de fato estabelecidas.

O texto deve ser considerado como ponto de partida e de chegada, dotado de um sentido vinculante, vinculação esta adquirida com a significativa colaboração do intérprete, detentor de um papel decisivo na determinação dos pressupostos metodológicos utilizados na tarefa hermenêutica e na delimitação das circunstâncias de fatos relevantes para o procedimento da atribuição de sentido à norma jurídica¹.

E o grande trunfo do processo interpretativo é reduzir a indeterminação, ou seja, reduzir o número de alternativas possíveis vislumbradas no conceito jurídico indeterminado, quando de sua aplicação ao caso concreto. Essa atividade do intérprete não é algo simples, é ato volitivo, complexo, que exige diálogo entre o texto, os fatos, os possíveis significados e as

¹ Sobre o diálogo do intérprete com o texto, em especial na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, vide Sicca (2006, p. 126).

potenciais soluções escolhidas. Há de se conversar com o texto, criando uma relação de intimidade, justamente para que se compreenda e se revele seu sentido².

Por isso, o intérprete de um termo indeterminado deverá compreendê-lo perfazendo interrogações sobre o texto, considerando seus significados potenciais, arriscando-se a mediar o passado (história) e o presente. É necessário que o intérprete converse com o texto, faça-lhe perguntas e procure as respostas³, na tentativa de compreender, extrair e aplicar um sentido.

Não há como excluir o intérprete da tarefa de atribuição de sentido às normas jurídicas. Tem razão Larenz (1997, p. 308/310) ao afirmar que:

ao menos no modo de formulação da pergunta radica a participação, que não deve passar por alto, do intérprete também no resultado da interpretação. Pois a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as possíveis respostas (...)

...é um fazer mediador pelo qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe converteu em problemático. O texto da norma é problemático para que o aplicador atendendo a aplicabilidade e a norma a um fato de tal classe. O que o significado preciso de um texto legal seja constantemente problemático, depende, em primeiro lugar, da linguagem usual. A que a lei se serve amplamente, não utiliza, a diferença de uma lógica matematificada e da linguagem da ciência, conceitos cujo âmbito esteja exatamente fixado, senão termos mais ou menos flexíveis, cujo possível significado se oscila dentro de uma ampla faixa, e que pode ser distinto segundo as circunstâncias, a relação objetiva e o contexto do discurso, a posição da frase e o acento de uma palavra. Inclusive quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm com frequência notas distintivas que, por sua parte, carecem de uma delimitação taxativa.

É exatamente por isso que, sobretudo nos conceitos indeterminados, a atividade interpretativa é o caminho para extrair possibilidades de optar por uma ou outra solução.

Sobre as etapas do processo de decisão e os encontros das possibilidades viáveis no caso concreto, na primeira etapa do processo de decisão, precisa o intérprete determinar a semântica das normas. Nessa etapa, ele apurará o significado das normas, na intenção de subtrair o real sentido do enunciado. Neste caminho, por vezes, encontrará vários sentidos,

² Nery (2014, p. 146/148) esclarece:

Interpretar é sempre pôr à prova nossos prejuízos. É reavaliá-los diante do caso concreto que se nos apresenta. É permitir que o texto legal nos diga algo em relação àquele caso contra o qual aquele texto deva ser cotejado (...). O sentido do caso concreto (a coisa mesma) só pode exsurgir a partir do momento em que o intérprete se compreende na coisa. É dizer, no ente é pensado e dito o ser, o Dasein se comporta compreendendo. É porque o intérprete se compreendeu no ente que pretendia conhecer é que ele tem condições de compreendê-lo e explicar essa compreensão. E Gadamer já advertia que o modo de ser de uma coisa só se expressa quando falamos sobre ela. A tarefa da interpretação é sempre propor hipóteses que serão confirmadas nas coisas mesmas. Nesse sentido, a elaboração de um projeto correto (fundado em um prejuízo autêntico) será capaz de manifestar o acontecimento da coisa mesma.

³ Ohlweiler (2000, p. 53) diz que

o jurista deve trazer para cá algo que está distante no tempo, porém que condiciona o presente ou pretende influir nele. Este entendimento hermenêutico pode, sem dúvida, contribuir para uma aplicação mais crítica do Direito e possibilitar a realização das potencialidades significativas da norma, deixando de entender a teoria dos termos indeterminados como algo reduzido a suas expressões linguísticas e formais [...]

cabendo ao intérprete definir o que seja verdadeiro. Logo, parte do processo interpretativo é extrair do ordenamento jurídico as possibilidades de optar por uma ou outra solução, ambas fundamentadas na mesma norma.

Os cânones da interpretação⁴, igualmente, são ferramentas úteis para minorar a indeterminação. Isso porque, apesar de não eliminar a incerteza do termo, servem como normas gerais para o uso da linguagem e fornecem os critérios iniciais para orientar o trabalho do intérprete no primeiro contato com a realidade e o texto legal.

Portanto, após o processo interpretativo e deparando-se o aplicador com mais de uma solução, cabe avaliar se a escolha dessas soluções é discricionária.

4.2 O encontro das soluções possíveis e a discricionariade de escolha. Existe discricionariade judicial?

O doutrinador português Souza (1994, p. 20-21) formula perguntas que norteiam o enfrentamento do tema:

1 - Será o problema dos conceitos indeterminados o mesmo da discricionariade? Ou seja será que toda discricionariade está sempre relacionada com conceitos indeterminados? 2 – Em caso negativo, será que o uso de certos conceitos atribui discricionariade? 3 – Será que os conceitos indeterminados, em si mesmos, nada têm a ver com a discricionariade, não se excluindo no entanto a hipótese do legislador se poder servir deles como meio para atribuir a discricionariade?

Primeiramente, conforme explicado acima, num plano operacional, os conceitos jurídicos só são indeterminados quando, depois do processo interpretativo, existem, no mínimo, duas alternativas possíveis e plausíveis ao caso concreto.

⁴ Sobre o uso dos cânones de interpretação e a redução da incerteza, leciona Hart (2009, p. 164), quando escreve sobre textura aberta do direito:

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“se algo é um veículo, um automóvel o é”) mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“a palavra aqui usada ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?). Estas últimas são situações de fato, continuamente criadas pela natureza ou pela inventividade humana, que possuem apenas alguns dos traços presentes nos casos simples, enquanto outros estão ausentes. Os cânones de “interpretação” não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação. Não podem, mais que as outras normas, fornecer sua própria interpretação, e o reconhecimento de exemplos parece pouco problemático ou “automático”, são apenas os familiares, que reaparecem continuamente em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.

E conclui, sobre os termos gerais:

Apresenta-se aqui algo como um crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso, ou, por outro lado, sua rejeição pela pessoa que deve fazer a classificação. Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem quer que vá dirimí-las deve operar como que uma escolha entre as alternativas abertas.

Portanto, caso o juiz se depare com essas alternativas, depois de exercer as etapas interpretativas propostas e obedecido o contraditório no processo, não há como fugir da conclusão de que esta escolha é discricionária. A discricionariedade começa onde acaba a interpretação.

Mas, afinal, em que consiste a discricionariedade?

As leis hoje são elaboradas de forma que os juízes não descubram e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção de conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujos conteúdos sejam explicitados com absoluta segurança por intermédio da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de modo semelhante ao do legislador (ENGISCH, 1996, p. 207).

Em especial nos conceitos indeterminados haverá uma necessidade de preenchimento valorativo, ou seja, “o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de actos de valoração”, autônoma, individual e pessoal (ENGISCH, 1996, p. 213).

É exatamente neste preenchimento valorativo que reside o conceito de decisão discricionária. A discricionariedade genuína é interpretada no sentido de que o ponto de vista (a valoração) daquele que exerce o poder discricionário deve valer como relevante e decisivo; é ele que tem o poder de determinar, segundo seu modo de ver e o seu próprio querer, qual o fim próximo, imediato, da sua atuação (ENGISCH, 1996, p. 216).

Em realidade, haveria poder discricionário quando duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conforme o direito, e a autoridade, portanto, pode optar por uma ou outra sem agir contrariamente em qualquer das alternativas; tratam-se de iguais jurídicos, cuja escolha de qualquer deles não poderia ser, por óbvio, injurídica e, por consequência, discricionária.

A pluralidade de sentidos, além de ser inevitável, é querida pelo legislador e imanente ao poder discricionário. Ele revela um espaço de liberdade para ação e resolução, escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis, justamente porque o direito positivo não dá a qualquer destas espécies de conduta preferência sobre as outras.

Porém o que significa “espaço livre”? O professor alemão English (1996, p. 218), aponta que é justamente a possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes de decisão, quer o espaço livre esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas

(fazer ou não fazer alguma coisa, conceder ou não uma autorização, homologar ou não um acordo, etc.) ou entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva (nomeação de um perito de uma lista de três, escolha de determinada medida necessária, dentre numerosas hipóteses no caso concreto etc.).

Nesse ângulo, o “espaço de livre apreciação” se traduz na possibilidade de se decidir por uma de entre várias alternativas. A possibilidade que se trata aqui não é aquela derivada da pluralidade de sentidos do conceito indeterminado, pois, se assim fosse, a discricionariedade seria uma mera “indumentária linguística”, que poderia ser entendida e aplicada de maneiras diferentes (ENGISCH, 1996, p. 219).

Portanto o conceito de possibilidade não é apenas uma possibilidade de fato, mas também uma possibilidade jurídica: é o próprio direito, quase sempre a lei, que em certa parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre as várias alternativas de fato possíveis. O ordenamento confere ao juiz o poder de proferir a decisão única e unicamente justa levando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Esta competência conferida pelo legislador é uma delegação do poder para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que são descobertas na relação jurídica processual concreta (p. 220).

Nesse sentido, a incerteza que subsiste quanto à “decisão justa” seria então um mal necessário, que se tem de aceitar. Trata-se de um “espaço residual”, livre, restringido, da “subjetividade 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 (p. 220).

Em conclusão, disserta sobre o autêntico poder discricionário no Estado de Direito (p.221/222, 227/228):

O autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em apropriado) no caso concreto particular, à valoração individual da personalidade chamada (eventualmente “articulando” o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um “resto” de 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 olha como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer seu próprio ponto de vista [...]

O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir – na minha opinião é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de

Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, 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”. É um problema da hermenêutica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe.

Logo a discricionariedade é o poder de escolher, de acordo com a valoração pessoal do juiz, qual das alternativas possíveis será a melhor e mais justa na relação jurídica processual.

Porém, como ressaltado acima, o problema da discricionariedade está intimamente ligado à descoberta do Direito, ou seja, à interpretação da lei e das instituições. Tem de se decidir, caso a caso, após o processo interpretativo, se existe uma pluralidade de decisões, que permitem o legítimo uso do poder discricionário.

Por isso, apenas após a interpretação, poderá surgir o espaço discricionário. Como pontua Filgueira Junior (2007, p. 166), referindo-se à discricionariedade administrativa: “Somente se o processo interpretativo não conseguir eliminar a indeterminação é que a função de escolha do administrador público resta insindicável e, portanto, caracterizada como discricionária”.

As soluções juridicamente válidas⁵ serão sempre o ponto final do processo interpretativo e, é exatamente neste momento que residirá o poder de escolha, conferido pelo Direito ao juiz. Sobre a existência de duas soluções e a discricionariedade, leciona o professor Saddy (2009, p. 93):

Daí por que parece acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Afinal, a solução justa somente poderá existir num plano da filosofia, ou melhor, de utopia. Ora, a ideia de solução justa implica, também, por sua natureza, um certo juízo de valor, um certo grau de subjetividade. Ademais, o senso de que os conceitos jurídicos indeterminados só admitem duas formas de interpretação – ou tudo ou nada -, apesar de não parecer errôneo, seria discutível se no processo de interpretação que conduz a uma dessas duas conclusões, o intérprete não teria, ainda que limitado, algum juízo valorativo para saber se a realidade concreta se subsume, ou não, na zona de incerteza do conceito. Por fim, parece que a interpretação, em muitos casos, não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito e a Administração Pública, como aplicadora, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia os princípios de Direito. Sendo assim, parece que, apesar de desejável, a única solução justa será impossível de obter, motivo pelo qual se entende que existirá discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, afinal, em ambos, existe a tal zona de incerteza que demanda certo juízo de valoração por parte do intérprete frente a estatuições (alternativas e disjuntivas)

⁵ Talamini (2002, p. 71), esclarece: “A discricionariedade surge quando a interpretação já não mais resolve e resta dúvida de qual interpretação deve ser acolhida diante de uma pluralidade de interpretações possíveis”

A pluralidade de soluções viáveis revela a noção de fungibilidade. Ocorre quando, no exercício do poder discricionário, surgirem várias alternativas à escolha e cada uma delas for fungível e defensável dentro da margem de decisão conferida ao aplicador; uma opção pode ser substituída pela outra sem alteração na juridicidade do resultado final. Ou seja, todo aquele que decide, dentro do espaço de escolha, por uma destas possibilidades, está dentro do direito e ninguém pode dizer que sua decisão é injurídica ou “indefensável”, como lembra Engisch (1996, p. 250).

Há consenso de vários autores⁶ sobre a existência de discricionariedade, como passo subsequente à interpretação nos conceitos jurídicos indeterminados.

Dessa maneira, pode-se concluir que a discricionariedade judicial existe e é uma prolongação da interpretação, pois é a própria norma que dá ao juiz a responsabilidade de preencher seu conteúdo⁷. Portanto a discricionariedade é o uso adequado da interpretação que concretiza o conceito indeterminado, por meio da escolha de uma solução viável, plausível e juridicamente sustentável. Como propõe Lorenzetti (2010, p. 156): “A discricionariedade do juiz é uma zona de possibilidade entre alternativas legítimas e que deve ser exercida razoavelmente”.

Eis o viés positivista adotado como referencial teórico. Para Kelsen (2003), a discricionariedade judicial é inevitável, na medida em que o juiz, ao proferir uma decisão, realiza verdadeiro ato de escolha. Para ele, a interpretação não encerra mero ato intelectual de clarificação e de compreensão, mas ato de vontade e de justificação.

O professor de Viena justifica seu pensamento sobre a discricionariedade, argumentando que é necessário ter uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de

⁶ Di Pietro (2012, p. 127) observa que: “se a autoridade administrativa, pelo método da interpretação, não puder chegar a uma solução única, mas a várias soluções igualmente válidas perante o direito, devendo a escolha ser feita segundo critérios puramente administrativos (e não jurídicos), estar-se-á no campo da discricionariedade. Daí a frase de Stassionopoulos, que nos parece verdadeira: ‘Pode-se dizer que o domínio do poder discricionário começa onde termina o da interpretação’ e de Sundfeld (2003, apud DELGADO, 2003, p.3222): afastadas as idéias de que a discricionariedade seja sinônimo de liberdade e de que resulte sempre e necessariamente da simples existência de indeterminação de uma norma, podemos conceituá-la como o dever-poder de o administrador, após um trabalho de interpretação e de confronto da norma com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei.

⁷ Goes (2015 p. 38-39) relata que foi a própria norma que autoriza o juiz a decidir e escolher:

Deste modo é que o juiz, diante de um texto ou enunciado normativo que se apresente sob a forma de uma cláusula geral, terá como tarefa, de regra, definir o sentido de termos que poderão se apresentar porosos, em seu antecedente, e, ainda, por outro lado, estabelecer consequentes ou efeitos jurídicos, cuja criação foi deixada, por aquele mesmo enunciado, sob sua responsabilidade.

tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Qualquer tipo de comando deve deixar àquele que cumpre ou executa “uma pluralidade de determinações a fazer”. Assim, quando o órgão jurídico aplica o direito, perfaz uma interpretação cognoscitiva do Direito, pois a realiza por intermédio de uma operação de conhecimento.

Depois que o aplicador conhece suas opções e pratica um ato de vontade, escolhendo aquela mais adequada, a situação configura o poder discricionário. Nesse sentido Kelsen (2003, p. 388/394) entende a função criativa do aplicador, quando afirma:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. (...) cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral.

Hart (2009, p. 165, 171), outro referencial teórico para abordagem positivista do tema, chega à mesma conclusão, quando afirma que a discricionariedade conferida pela linguagem pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato o resultado de uma escolha. Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes.

E conclui pontuando que todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade 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 (p. 176).

A necessidade de escolher entre alternativas abertas nos é imposta, porque somos homens, e não deuses. Estas escolhas significam uma fatalidade de duas desvantagens interligadas sempre que o ser humano procura regular, antecipadamente e sem ambiguidade, alguma esfera de comportamento. A primeira delas seria a relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão do objetivo (HART, 2009, p. 166).

Afinal, se no mundo em que vivemos houvesse apenas um número finito de características, e elas fossem todas conhecidas por nós, seria viável prever todas as

possibilidades, e cogitar a criação de normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. É o que chama de “mundo adequado a uma jurisprudência mecânica” (p. 167).

Contudo, evidentemente, esta não é a nossa realidade; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Logo, essa imprevisibilidade traz consigo a imprecisão dos objetivos.

Este confronto entre a imprevisibilidade e imprecisão dos objetivos apenas seria resolvido no momento em que o conflito vier a ocorrer, como explica o professor inglês (p. 167-168):

Quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, confrontaremos o problema em pauta e então poderemos resolvê-lo escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfizer. Ao fazê-lo, teremos tornado nosso objetivo inicial mais preciso; e teremos ainda, incidentalmente, solucionado uma questão relativa ao sentido de um termo genérico para os efeitos dessa norma.

Portanto há uma necessidade do exercício posterior de uma escolha na aplicação de normas gerais a casos específicos. Nesse sentido, as teorias que buscam disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha congelam o sentido da norma de tal maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em jogo sua aplicação (p. 168).

Aqueles que afirmam que a escolha inexistente, ou seja, que a única solução já se encontra no sistema, teimam em afirmar que existem certas características presentes no caso concreto mais evidentes e insistem que elas são ao mesmo tempo necessárias e suficientes para situar dentro da norma aberta qualquer elemento que possua as mesmas características, independentemente das consequências sociais desse modo de aplicação da norma. Num primeiro olhar, isso asseguraria alguma certeza e previsibilidade, “ainda que à custa de prejudicar cegamente o que fazer numa gama de casos futuros cuja natureza ignoramos” (p. 168). Seria, portanto, possível resolver antecipadamente problemas que só podem ser solucionados de modo razoável quando surgem e são identificados.

Essa técnica forçará o aplicador a incluir na norma casos que deveriam ser excluídos; antecipar soluções contraria os objetivos que se almejam ter ao conservar a norma de textura aberta. E seu objetivo é justamente deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos “por meio de uma escolha social e bem informada”, problemas que só podem ser

adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrem em um caso concreto (HART, 2009, p. 169).

Em realidade, (p. 326) afirma que, em alguns casos, o direito é fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta. Como as soluções não são regulamentadas juridicamente, os tribunais precisam “exercer a função legislativa limitada”, que o professor denomina de discricionariedade.

É importante notar que essa temática faz refletir sobre os valores predominantes em épocas diferentes em uma dada sociedade. Em certas épocas e sistemas jurídicos, pode ser que se sacrifique um número excessivo de coisas por amor à segurança e, por consequência, a interpretação jurídica das leis ou dos precedentes seja mais formal, deixando de se adequar às semelhanças e às diferenças entre os casos que só são aparentes quando avaliados à luz dos objetivos sociais.

Por outro lado, em outros sistemas e outras épocas, é mais interessante deixar em aberto um número excessivo de coisas, a serem tratadas pelos tribunais como permanentemente passíveis de revisão em função dos precedentes, permitindo maior flexibilidade na aplicação das normas de textura aberta.

Deste modo a história da teoria do direito é curiosa, pois costuma ignorar ou exagerar a indeterminação das normas jurídicas, conforme os valores predominantes.

Para Hart (2009, p. 179 e 186), as normas são padrões jurídicos de conduta aceitos pelas pessoas, que expressam continuamente, em linguagem normativa, sua aceitação compartilhada do direito como uma orientação para o comportamento. O professor de Oxford trabalha a ideia da discricionariedade de escolha justamente pela noção de aceitação das regras do jogo e da inevitabilidade de decisões dotadas de autoridade, porém erradas.

Por exemplo, no futebol ou basquete existe um árbitro responsável por aplicar as regras do jogo no que concerne à marcação dos pontos, o tempo de duração das partidas, as faltas, as infrações, etc. Muitas dessas regras possuem uma área de textura aberta, como aquela que permite ao árbitro punir os comportamentos antidesportivos dos jogadores.

É plenamente possível distinguir um jogo normal de outro ao arbítrio do marcador, pois apesar de aplicar uma norma de textura aberta, na qual tem que fazer uma escolha, ele terá sempre um “núcleo de sentido”, e deste o marcador não pode se desviar. O fato de

algumas decisões tomadas pelo árbitro estarem claramente erradas não impede o prosseguimento do jogo; elas têm o mesmo valor que as decisões obviamente corretas. O fato de que aberrações oficiais isoladas ou excepcionais sejam toleradas não significa que o jogo de basquete ou futebol não esteja mais sendo jogado.

Por outro lado, se os erros forem frequentes e o marcador se afastar do núcleo de sentido da norma, haverá um momento em que ou os jogadores não mais aceitarão as decisões anômalas, ou, se o fizerem, o jogo será mudado. Já não será basquete ou futebol, mas um jogo ao arbítrio do marcador, pois é um traço característico desses jogos que “seus resultados sejam apurados da forma exigida pelo sentido mais evidente da regra, por maior liberdade que a textura aberta possa conceder” ao árbitro (HART, 2009, 187). Podemos imaginar uma situação especial em que o jogo que estava sendo disputado era o “jogo do árbitro”; mas o fato de que em todos os jogos a sua decisão de escolher uma solução é definitiva e revestida de autoridade, não significa que todos os jogos sejam assim.

A analogia se aplica ao Direito que outorga aos tribunais um poder de criar as normas ainda maior, visto que suas decisões servirão como precedentes em casos futuros. No Brasil, o poder dos tribunais é ainda mais evidente, pois é dos Tribunais Superiores a competência para interpretar e dizer o que é o direito em última instância. Todavia isso não significa dizer que possuem uma discricionariedade irrestrita.

O fato é que a própria natureza e o objetivo da textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muitas coisas devem ser decididas pelas autoridades judiciais, que procuram obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Como anota (p. 175), “a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas”, pois o juiz não deve criar o direito arbitrariamente, isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais.

Frise-se, que essas “normas precisas” podem ser tanto a lei positivada como os precedentes, que devem ser genuinamente consideradas pelos tribunais do ponto de vista interno, revelando-se como um verdadeiro “padrão para decisões corretas”, que limitam a discricionariedade judicial (HART, 2009, p. 180).

Nesse sentido, sempre haverá em qualquer sistema jurídico casos não regulamentados juridicamente, sobre os quais em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma

decisão em nenhum sentido, mostrando-se parcialmente determinado ou incompleto. Nestes casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe-lhe esse poder.

O juiz cria o direito nos casos não regulamentados, os quais, pela sua natureza, amoldam-se dentro da norma de textura aberta; e a maior prova disso é a importância que os tribunais atribuem ao procedimento da analogia ao decidirem casos não regulamentados, visando a garantir que o direito que criam, embora novo, se harmonize com os princípios ou razões subjacentes reconhecidamente já estabelecidos no direito existente.

Por fim, não se deve temer este poder de escolha dado ao juiz, pois ele é limitado, considerando que o juiz não pode utilizá-lo para introduzir reformas amplas ou novos códigos. Seus poderes são “intersticiais” (Hart, 2009, p. 352), além de sujeitos a muitas restrições substantivas, como o princípio da inércia que o impede de agir sem provocação e o princípio da congruência, em que deve decidir nos limites dos pedidos das partes. A relação jurídica processual é o maior âmbito de controle do poder discricionário.

Frise-se, que a discricionariedade na escolha da solução jurídica compete exclusivamente ao Judiciário, o qual detém a competência para escolher a melhor solução⁸, que deverá prevalecer sobre todas as outras, potencialmente admissíveis para a hipótese discutida no processo, desde que reveladas dialeticamente no processo contraditório.

Existe discricionariedade judicial justamente porque existe a melhor inteligência; deverá o aplicador buscar sempre a melhor conduta possível naquela determinada hipótese. Note-se que o debate sobre onde existe a indeterminação e em que ponto ocorre a discricionariedade de escolha deve ocorrer no processo em forma de contraditório, de maneira transparente e coerente, conforme se desenvolverá nos capítulos a seguir, quando se tratar do modelo cooperativo.

⁸ Interessante a colocação de Jorge Junior (2004, p. 51):

Na verdade, ao escolher ‘a única e corretamente admissível decisão’ num determinado caso concreto, o Judiciário estará efetuando um ‘corte na realidade’, tanto no aspecto da interpretação do conhecimento do próprio fato que está sendo trazido a julgamento, como na possibilidade de explorações de valores concorrentes para o caso que se oferece. Diante de tal quadro de incertezas e de opções possíveis, mas atento à observância dos valores de certeza e segurança haverá que se proferir a decisão judicial que venha a prevalecer sobre todas as outras, potencialmente admissíveis para a hipótese apreciada. Em suma, a riqueza dos fatos e a exploração axiológica num dado contexto interpretativo, onde não estão excluídos os matizes semânticos, permanecem e não podem ser esquecidas, ainda que para efeito da realização da função jurisdicional haja que se proceder ao direcionamento para apenas uma vertente decisional.

A discricionariedade não pode ser tratada como uma característica pejorativa; ela é uma técnica legislativa que atribui competência para aplicação⁹, obedecidos determinados parâmetros. O poder discricionário não é apenas inevitável, também é algo bom, desde que corretamente utilizado.

E é justamente nesse momento que sobressai a importância de identificar os padrões para decisões corretas. Eis o grande desafio: quais são as orientações, padrões, testes de verificação, correção, parâmetros mais adequados ao aplicador da norma aberta ao exercer sua discricionariedade?

É o que se pretende sugerir, sem pretensão de esgotamento, no próximo capítulo, com a intenção de auxiliar e guiar os operadores do direito na prática da discricionariedade judicial.

⁹ É o pensamento de Martins-Costa (2000. p. 303), quando afirma que se trata de uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; este elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

5 A APLICAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

5.1. Aplicação e subjetividade. 5.2. Ponto de partida: o texto da lei. 5.3. Precedentes, orientação prospectiva e método de grupo de casos. 5.4. Transparência do referencial teórico e a aproximação entre doutrina e magistratura. 5.5. O modelo processual cooperativo e as soluções reveladas no caso.

5.1 Aplicação e subjetividade

No momento em que se admite no ordenamento jurídico a inclusão de textos abertos, é indispensável a mudança de raciocínio na prática dos aplicadores das normas.

Considerando que interpretação é um ato de vontade, o papel do aplicador dos textos abertos é fundamental, exigindo-lhe empenho e dedicação para a fundamentação de suas decisões. Isso porque é a primeira vez que tal imposição vem expressa no texto da lei, inclusive reputando não fundamentada e, por consequência, nula¹, a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (NCPC, art. 489, §1º, II).

Nos capítulos acima, já se partiu da premissa de que para que existam “conceitos jurídicos indeterminados”, é necessário que haja mais de uma solução para escolha do juiz na aplicação ao caso concreto. Neste capítulo, tratar-se-á, sem pretensão de esgotamento, de padrões e instrumentos para auxiliar o juiz e / ou operador do direito no processo de escolha das soluções.

Antes de mais nada, por mais que se esforce para estudar parâmetros para a decisão que preenche conceitos indeterminados, é necessário constatar que a atividade judicial tem componentes subjetivos e não está imune à carga axiológica que imprime o aplicador.

¹ O tema das consequências da ausência de fundamentação não é objeto deste trabalho. Porém adota-se que a consequência da decisão sem fundamentação é a nulidade do ato, por entender que ausência de fundamentação é um defeito processual, pela ausência de elemento nuclear. Portanto o ato defeituoso existe, apenas não produz efeitos, o que autorizaria o ajuizamento de ação rescisória. É por isso que o texto constitucional expressamente atribuiu a sanção de invalidade à decisão não motivada, nos termos da Constituição Federal, Art. 93, IX. Igualmente, a Lei 13.105, no Art. 11, dispõe que: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Nesse sentido, vide Didier Junior e Braga, (2009. p. 299/300). Em sentido contrário, afirmando que a sentença sem fundamentação é uma não decisão que implica a sua inexistência, vide Taruffo (1975. p. 457-458).

Afinal, ao conformar o pensamento do legislador contido na norma à condição da estrutura mental do juiz, este acrescenta elementos novos à norma mediante um processo de deformação original do legislador. Trata-se de atividade criativa, e não há como eliminar essa margem de subjetividade criativa na função interpretativa humana (MADEIRA, 2011. p. 548).

A objetividade total da interpretação humana não seria possível nem mesmo se o intérprete fosse dotado de componentes físicos, psicológicos e culturais absolutamente idênticos ao do legislador que redigiu a norma, eis que o momento da interpretação seria distinto do momento da elaboração da norma e isso afetaria as condições extrínsecas do intérprete (LEITE, 2002, p. 25).

O Direito é um fenômeno complexo e não mera racionalidade instrumental. Em que pese a criação de inúmeros aparatos idealizados à objetivação do processo de escolha, não se pode negar que a razão humana nunca está dissociada de sentimentos e aspectos subjetivos (MELLO, A, 2012, p. 35).

A aplicação das normas de textura aberta é carregada de valores, que desempenham papel importante no sistema jurídico. Há de se concordar com Larenz (1997, p. 410) quando assinala que a tarefa do jurista é precisamente a materialização das valorações, cabendo-lhe um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento orientado a valores. Na perspectiva de quem julga uma causa “é evidente que se lhe exige um juízo de valor quando, para poder coordenar a situação de facto com a previsão legal da norma legal, tenha de julgar segundo uma pauta que primeiro ele tenha de concretizar, uma pauta ‘carecida de preenchimento’” (p. 406).

Note-se, a valoração a que se refere não precisa ser uma valoração eminentemente pessoal do órgão aplicador do direito. Ao contrário, ele deve procurar determinar as valorações preexistentes no setor social em que o caso se apresenta. A sua própria valoração do caso é tão só uma peça na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e, conforme for, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é uma parte integrante do material do conhecimento, e não o último critério de conhecimento.

E mais, poder discricionário presume uma autorização para o aplicador descobrir e relevar o que há de individual no caso concreto. Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objetivo (ao lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o aspecto subjetivo (ao lado da instância que julga e aprecia). Existe,

portanto, uma convergência entre a individualidade / particularidade do objeto (no caso concreto) e a individualidade do sujeito que aprecia o caso (ENGISCH, 1996, 222).

A racionalidade não tem o condão de eliminar a personalidade do ser humano. Além dos elementos psicológicos internos, por ser um ser social, o homem é influenciado de modo determinante pelo ambiente externo (circunstâncias familiares, históricas, sociais, culturais, políticas, econômicas, etc).

Ao tratar da influência dos fatores inconscientes na decisão judicial e capacidade judicante, Mello, A. (2012, p. 39-42) expõe:

A função de julgar depende, essencialmente, da capacidade de percepção, compreensão e discriminação dos acontecimentos da vida, suas circunstâncias, motivações das pessoas envolvidas e das normas jurídicas. O juiz deve estar apto a reconhecer e a separar os diferentes estímulos, além de conferir diferentes respostas aos mesmos. Deve guardar capacidade de identificação e de se sensibilizar com o outro, colocando-se em seu lugar (empatia).

Para isso deve ser desenvolvido um juízo crítico adequado. Esse depende de uma série de fatores, tais como os valores armazenados no superego, as funções do ego (capacidade de percepção, pensamento e discriminação), o processo de identificação, tipos básicos de personalidade e ideologia pessoal do juiz (...)

A função judicante depende, pois, de um nível adequado de autoconhecimento, de boa capacidade de percepção dos outros e capacidade de diálogo entre o consciente e o inconsciente do agente julgador (dialética)” (...)

Se o intérprete não tem a consciência da influência que sofre de seu inconsciente ativo e de seus pré-conceitos no momento da interpretação, corre o risco de se deixar guiar interinamente por eles e deixar de compreender o verdadeiro alcance da norma, ignorar a direção indicada por ela ou impedir a implementação do novo (...)

Se o intérprete está consciente desse processo, os conceitos prévios serão, progressivamente, substituídos por outros mais adequados, de modo que todo esse constante “reprojetar” perfará um movimento de compreender e interpretar menos arbitrário, até que o sentido novo (melhor e mais apropriado) possa ser efetivado.

Logo, além de buscar investigar métodos e procedimentos de interpretação das normas jurídicas ou dos fatos, é necessário esclarecer as condições sob as quais se dá a compreensão/interpretação e aplicação do direito.

Não se ignora que o subjetivismo é inseparável das decisões judiciais, sobretudo porque a ciência e a propensão de tudo tentar racionalizar, típico do ser humano, não têm o condão de anular a personalidade, os sentimentos e a visão de mundo do juiz, que não é um ser fora do mundo, mas um produto de sua *psique*, de suas vivências em núcleos familiar e social (MELLO, A, 2012, p. 59).

O que se quer evitar é o decisionismo, o solipsismo judicial, que é o ato do juiz que julga, em determinado momento, segundo aquilo que ele sente, de acordo com sua

consciência, aquilo que melhor lhe aprouver, desvirtuando o adequado uso da discricionariedade judicial².

A moldura de decisão pessoal é limitada pela proibição da arbitrariedade e da falta de pertinência, devendo ser evitados os excessos e os abusos de poder. A decisão pessoal deve ser ajustada, proferida com base em uma decisão íntima e sincera.

Tendo isso em mente, ao juiz é dado, legitimamente, o poder de escolha que consiste na discricionariedade judicial. Então, se a discricionariedade denota a possibilidade de escolha de uma entre as várias interpretações possíveis, compete averiguar se a escolha é adequada e correta, sugerindo-se alguns parâmetros objetivos. Ora, o fato de admitir a discricionariedade judicial, ou seja, realizar uma escolha entre várias alternativas, não significa dizer que essa escolha não possa ter a sua correção aferida³.

Daí a importância de buscar uma objetividade e critérios nesse processo de escolha, evitando que a concretização dos textos jurídicos dependam de uma “subjetividade assujeitadora”⁴, como se fosse fruto da vontade aleatória do intérprete.

Como dito anteriormente, aqui se estudarão apenas algumas sugestões, sem pretensão de esgotamento⁵, para que o aplicador se utilize como parâmetro ao aplicar os conceitos indeterminados.

² Neste aspecto, a crítica ao positivismo e a pluralidade de soluções é bem ilustrada no trecho de Streck e Motta (2012, p. 13): “A resposta não é difícil: o ponto de estofo está no voluntarismo, mascarado na aposta discricionário-positivista e no decisionismo, formas mais ou menos acabadas de protagonismo judicial, que, como se sabe, não fizeram vítimas apenas no direito constitucional ou na teoria do Direito, mas, sim, no próprio processo civil, por intermédio do instrumentalismo, e no processo penal, via inquisitivismo. Nesse contexto também se inserem, mais proximamente, as teses do positivismo inclusivo de Robert Alexy, que, ao apostar na construção de regra da ponderação para a solução dos hard cases, não abre mão do protagonismo representado pelo solipsismo judicial, que se manifesta pelo poder discricionário. Observe-se como a expressiva maioria dos autores adeptos do neoconstitucionalismo brasileiro (Barroso (2003), Daniel Sarmiento, Ana Paula de Barcellos, entre outros) e do(s) neoprocessualismo(s) (Didier Junior (2010) e Cambi (2009), por exemplo) não abrem fogo contra o poder discricionário. Para eles, o poder discricionário é uma fatalidade. Algo do tipo “é assim porque não tem como ser de outro jeito”. De modo geral, há um traço em comum entre essas posturas: a aposta na ponderação de valores de cariz alexyano. Outros, mesmo que não apostem diretamente na ponderação (ou em suas variantes), colocam suas fichas no poder dos juízes de “descobrirem valores” (Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?).

³ Sobre este ponto, expõe o professor Guerra (2006, p. 77):

Como se pode comprovar, pelo que ficou dito até aqui, Kelsen baseia suas ideias sobre a interpretação/aplicação do direito em fatos de extrema relevância. No entanto, as teses por ele elaboradas, e que constituem o seu modelo voluntarístico de interpretação/aplicação do direito são bastante discutíveis e mesmo que, em determinadas circunstâncias, sejam efetivamente verdadeiras, não há a demonstração de que elas sempre o sejam. Como se viu, o simples fato de que, em qualquer das três situações a que se refere cada uma das teses, o juiz tenha que realizar uma escolha entre várias alternativas não permite inferir que essa escolha não possa ter a sua correção aferida.

⁴ O termo crítico é utilizado por STRECK (2010, p. 96).

5.2 Ponto de partida: o texto da lei e o método dedutivo.

Existem alguns limites materiais ao processo de escolha. O texto normativo é um dos primeiros limites com os quais se depara o juiz. Como afirma Grau (2005, p. 207): “o texto da norma é tratado cronologicamente como primeira instância entre alternativas de solução consideradas, e materialmente como limite de alternativas de solução”.

Hart (2009, p. 190) aponta que as normas jurídicas são padrões para decisões corretas, que devem ser seguidas pelos tribunais, pois funcionam com limites suficientemente precisos, para balizar, embora não para excluir, a discricionariedade do tribunal.

Não raro, quando se atinge a área da textura aberta, muitas vezes tudo o que podemos oferecer como resposta à pergunta “Qual o direito existente sobre esse assunto?” é uma “previsão cautelosa sobre a atuação futura dos tribunais”, como confirma Hart (2009, p. 190).

Isso porque, é possível distinguir uma decisão arbitrária de uma decisão jurídica, porque, embora a regra tenha sua área de textura aberta, na qual o juiz tem de exercer uma escolha, ela tem um núcleo de sentido estabelecido de onde não tem a liberdade de se desviar.

⁵ Outros doutrinadores, mesmo em trabalhos com objetivos distintos, enunciam guias e elementos para aplicação do direito ao caso concreto. Por exemplo, Merke (2004, p. 9-10) dialoga com Humberto Ávila e expõe alguns elementos:

Humberto Ávila alinha cinco elementos; que integram a aplicação do direito na concreção: a) finalidade concreta da norma; b) pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) consenso como fundamento parcial da decisão; e) precedente judicial, sendo oportuno no presente momento fazer uma breve descrição de cada um deles, para a seguir nos determos mais pormenorizadamente sobre o precedente judicial.

A finalidade concreta da norma representa o objetivo por ela perseguido, a sua razão de ser. Citando Karl Engisch (1996), Humberto Ávila assevera que de todos os métodos de interpretação existentes o jurista moderno prefere o denominado método teleológico de interpretação.

A pré-compreensão pode ser considerada o elemento subjetivo prévio do aplicador, consistindo na sua consciência, no seu cabedal de conhecimentos, na experiência vivida e nos valores sobre os quais pauta a sua ação. Ainda que, ao aplicar a lei não terá total liberdade, pois este ato não pode consistir em ato exclusivamente subjetivo, não se pode negar que, de alguma forma, a bagagem intelectual do intérprete sempre terá algum tipo de relevância na sua tarefa. Vigora, portanto, a figura de Zaccaria, explorada por Humberto Ávila, do aplicador como “piloto” do processo de concreção, no sentido de caber a ele a qualificação dos fatos e das normas colocadas em questão.

A valoração judicial dos resultados da decisão é um passo de grande importância a ser tomado pelo julgador que opera por meio da concreção dos conceitos. Trata-se de exercício intelectual onde é feita uma projeção das interpretações possíveis com relação aos efeitos que provavelmente serão obtidos. Na concreção das cláusulas gerais, a sensibilidade do magistrado é elemento de especial relevância, e nesta etapa ela se torna ainda mais fundamental, haja vista que os efeitos da decisão poderão ser variados; assim, a decisão será tanto mais razoável quanto for a capacidade do julgador de encontrar os caminhos mais adequados para a solução do problema prático.

O consenso funcionaria apenas como fundamento parcial da decisão, face à dificuldade de serem obtidos reais pontos consensuais numa sociedade (pós) moderna, caracterizada pelo pluralismo em todos os seus aspectos. Todavia, não se pode negar que as sociedades modernas ocidentais, em sua grande maioria, conseguiram erguer um fundo consensual comum integrado por valores como o respeito pela dignidade da pessoa humana, os princípios democráticos, a coibição do abuso de poder, a proteção dos mais fracos em relações jurídicas díspares etc., que também são chamados a atuar na concretização de normas abertas.

O texto da lei, portanto, tem um núcleo de sentido de onde o intérprete deve partir e dele não pode se afastar.

Como leciona o professor de Oxford (HART, 2009, 188):

A qualquer momento os juízes, mesmo os de um supremo tribunal, fazem parte de um sistema cujas normas são, em seu cerne, suficientemente precisas para oferecer padrões de decisão judicial correta. Esses padrões são encarados pelos tribunais como algo que eles não têm a liberdade de ignorar no exercício da autoridade de que dispõe para tomar decisões incontestáveis dentro do sistema. Ao assumir suas funções, qualquer juiz individual encontra, tal como o marcador ao assumir as suas, uma norma semelhante àquela segundo a qual os atos legislativos promulgados pelo Parlamento por delegação da Coroa constituem direito, estabelecida como tradição e aceita como o padrão para desempenho de sua função. Isso limita, tanto quanto possibilita, a atividade criadora de seus ocupantes. Esses padrões não poderiam de fato continuar a existir a menos que a maior parte dos juízes os aceitasse, pois, em qualquer tempo, a existência dos padrões consiste simplesmente em sua aceitação e uso como referências para decisões corretas. Mas isso não torna o juiz que os usa o autor desses padrões, ou, na linguagem de Hoadly, um “legislador” competente para sentenciar como lhe aprouver. O assentimento do juiz é necessário para manter padrões, mas o juiz não os cria.

Por mais que o aplicador discorde do conteúdo da lei é indispensável que se desagarre de suas concepções morais (pessoais), do que considera certo ou errado, e aplique o texto normativo. Trata-se do conceito de aceitação e ponto de vista interno de construção hartiana.

O ponto de vista interno é ponto de vista daqueles que aceitam as regras, isto é, utilizam-se das regras como guias de conduta da vida social, como base para tensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos. Por outro lado, o ponto de vista externo seria aquele modo de pensar daqueles que não aceitam as regras, não as aceitam como padrão de orientação do próprio comportamento (BARZOTTO, 2007, p.116).

Caracterizada desse modo, a oposição interno/externo reflete uma adesão valorativa ao direito vigente por parte daqueles que são leais à ordem estabelecida e daqueles que não o aceitam, oposição que divide a sociedade em dois grupos. De um lado, aqueles que aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras e, do outro lado, aqueles que rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo (p. 117).

É nesta linha de pensamento que se desenvolve o conceito de aceitação de uma regra, como “uma prática social” necessária para o bom funcionamento do sistema jurídico. Logo, em especial os juízes, que são funcionários públicos, devem encarar as regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros.

A regra precisa, portanto, ser considerada, aceita, obedecida, como um padrão público comum de decisão judicial correta e não como cada juiz obedece por sua conta. É salutar que haja uma aceitação oficial unificada ou partilhada da regra, “pois sem essa aceitação, a ‘unidade e a continuidade’ do sistema jurídico ver-se-iam comprometidas. Isso significa: sem que os funcionários (especialmente os juízes) comprometam-se com um mesmo padrão de identificação do direito, não é possível a existência do sistema jurídico”, como bem anota Barzotto (2007, p. 118-119), em análise crítica do positivismo na obra de Hart (2009).

Com efeito, firmada a premissa de que os juízes e/ou operadores em geral devem aceitar e prestar adesão ao modo como o direito é criado no sistema, em especial ao texto normativo, cabe discorrer sobre o método dedutivo. Na escolha das soluções possíveis, o aplicador deve obedecer a uma ordem de raciocínio, que deve ser sucessivo, e o primeiro deles é a aplicação da dedução das regras válidas. O primeiro passo seria deduzir a solução de uma regra formalmente válida, isto é, do texto legal.

Trata-se da aplicação do método dedutivo. Como leciona Lorenzetti (2010, p. 159), deve-se começar a resolver um caso mediante dedução, e, se ela não for possível, recorrer à argumentação. Existindo uma regra válida aplicável, este passo deve ser o início, justamente porque a consequência de omiti-lo seria uma sentença *contra legem*.

O professor argentino afirma que o método dedutivo consiste nos seguintes passos: elemento fático, elemento normativo e elemento dedutivo (LORENZETTI, 2010, p. 160).

Primeiramente, o aplicador deve delimitar um suporte fático relevante por aplicação das regras processuais (elemento fático-premissa menor). É necessário que seja determinada a existência de um fato em sentido jurídico, isto é, aquele que foi provado em conformação com as fontes e meios probatórios admitidos processualmente, inclusive obedecido o contraditório substancial. Sem o estabelecimento da básica fática, o juiz estará impossibilitado de preencher a hipótese fática da norma, caracterizando-se em arbitrariedade e, por consequência, nulidade da decisão.

A importância da delimitação dos fatos que serviram de suporte para a escolha é tamanha, que o desconhecimento dos fatos da causa pelo juiz, seja porque ignore aqueles que foram provados na causa ou que tenham como provados os que não foram provados, “constitui típica situação que se enquadra na doutrina da arbitrariedade das sentenças” (LORENZETTI, p. 160).

Em segundo lugar, deve identificar a norma (elemento normativo), identificando um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo geral (elemento normativo – premissa maior). Como lembra Lorenzetti (2010, p.160): “Isso requer a identificação de uma norma válida conforme o critério de hierarquia, especialidade e temporalidade (juízo de aplicação) e determinar o seu sentido (interpretação)”.

Essa identificação é relevante uma vez que, se não há invocação de normas ou se forem invocadas normas derogadas, ou não aplicáveis, ou se faz mera transcrição de normas, a sentença também pode ser desqualificada por arbitrariedade.

O terceiro passo seria deduzir a solução do caso (elemento dedutivo), devendo o aplicador analisar os elementos fáticos e sua correspondência com a norma aplicável e interpretada, dando a solução ao caso pela via da dedução. Portanto, o elemento dedutivo consiste em conectar a premissa menor com a maior, caracterizando-se como um juízo de qualificação.

Segundo o autor argentino, havendo sido encontrada a solução de um caso derivada da dedução de uma regra, cabe perguntar se a tarefa está concluída, ou se deve ser dado um segundo passo, que consiste no “controle da solução dedutiva”. De acordo com ele (p. 161-162), o controle da solução encontrada se realiza por meio de três testes de verificação:

- 1) Olhar para trás (elementos de consistência): este passo obriga a olhar para trás, aos precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares. As partes trabalharam com base na crença de que essa regra seria mantida porque a lei se aplica com base na previsibilidade e na igualdade. Por essa razão, quem quiser se apartar de um precedente assume a carga da argumentação justificativa da mudança. O que se coloca em jogo aqui é tanto a garantia de igualdade perante a lei, que obriga a dar igual solução nos casos análogos, como a segurança jurídica, que favorece a certeza e a estabilidade do direito.
- 2) Olhar para cima (elemento de coerência): este passo obriga a que a solução deduzida das regras, e consistente com outras adotadas para os casos análogos, seja coerente com o resto do sistema jurídico, harmonizando as regras. Isso é assim porque a solução dedutiva parte de uma norma identificada como válida, mas no sistema atual, onde há pluralidade de fontes, pode se dar o caso frequente de normas válidas que podem ter soluções diferentes. Portanto, é necessário verificar se existe um princípio geral que compreenda um conjunto de normas diferentes. Este processo implica olhar para cima, ou seja, olhar as regras gerais que dão coerência ao sistema jurídico. É necessário assinalar que a coerência se presume, de maneira que existe o encargo argumentativo de provar o contrário.
- 3) Olhar para a frente (elemento consequencialista): este passo é focado a análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro. A Corte Suprema defende com reiteração que a interpretação não pode prescindir das consequência derivadas de cada critério, pois elas constituem um dos índices mais seguros para se verificar a sua razoabilidade.

Destarte, deve o operador olhar para trás (elemento de consistência), para cima (elemento de coerência) e para a frente (elemento consequencialista), fundamentando sua decisão depois desse exercício de controle da solução dedutiva, encontrado no texto legal.

Afinal, o direito tem uma regra fundamental da qual derivam as demais; sua existência é necessária para a lógica, justamente porque a solução dos problemas jurídicos impõe um limite de fundamentação. Isso permite ordenar os debates jurídicos em função de sua validade formal, já que todo argumento deve ser iniciado seguindo um raciocínio dedutivo, desde a norma geral fundamental (Constituição), até as normas mais específicas (leis federais, municipais, atos administrativos reguladores, etc.).

Uma leitura sistemática do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, é possível extrair que a lei é um limite natural; tanto isso é verdade que é cabível Ação Rescisória contra sentença de mérito transitada em julgado que “violam literal disposição de lei”, como prevê o Art. 485, V do CPC / 1973.

Estas considerações devem ser feitas, porque o juiz está obrigado a respeitar o grau de normatividade que existe na lei. Esse espaço leva em conta a visão sistêmica do Direito, enquanto um programa da norma (dever ser) e o âmbito da norma (circunstâncias e elementos do mundo do ser).

O aplicador do direito não pode ignorar o texto expresso da lei, pois é preciso guardar uma visão sistemática. Se deixar de aplicar uma lei válida, é necessário que se utilize das técnicas de controle de constitucionalidade para afirmar que se trata de lei inconstitucional.

Um exemplo pode ilustrar este ponto. No julgamento da questão de ordem do Recurso Especial n. 1063343⁶, o Superior Tribunal de Justiça negou à parte a possibilidade de desistir do recurso com fundamento no “interesse público” - conceito jurídico indeterminado -, tendo em vista esse recurso ter sido selecionado como paradigma para fins da aplicação do Código de Processo Civil de 1973, art. 543-C.

⁶ Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ (QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009)

Ao aplicar o conceito jurídico indeterminado “interesse público”, o Superior Tribunal de Justiça acabou por negar a aplicação da lei ao caso concreto, em especial disposto no Código de Processo Civil, art. 501, que prevê expressamente, sem qualquer ressalva: “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”.

O texto da lei traz uma garantia e um direito de desistir que foi expressamente negado pela vontade do Tribunal. Ora, não é dado ao Judiciário contrariar e afastar a aplicação de lei federal vigente (CPC, Art. 501) em razão de “interesse público”. Frise-se que foi sob essa rubrica (interesse público, segurança nacional e afins) que as maiores arbitrariedades foram cometidas em certo período brasileiro⁷.

Afinal, não é lícito ao Superior Tribunal de Justiça e a todo Judiciário brasileiro recusar a aplicação da lei. Deveria, com fundamentação adequada, realizar o controle de constitucionalidade do Código de Processo Civil, art. 501, caso entendesse que a mesma é inconstitucional.

Dessa forma, uma sugestão para guiar a discricionariedade no processo de escolha é a verificação e obediência aos comandos expressos e literais do texto da lei, com a utilização do método dedutivo.

5.3 Precedentes, orientação prospectiva e o método de grupo de casos

Por mais que o objeto deste trabalho não seja tratar das teorias dos precedentes em suas mais variadas facetas, um importante guia para escolha das soluções é a análise das decisões judiciais prolatadas por outros juízes e / ou Tribunais, acerca do “conceito jurídico indeterminado” a ser aplicado.

O novo Código de Processo Civil põe em relevo o papel dos precedentes e da jurisprudência ao estabelecer, no Art. 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. É possível afirmar que o dever de

⁷ É digna de menção a afirmação de Nery Júnior e Abboud In: DIDIER JR. *et alii* (2012. p. 538/539):

Nas ocasiões em que o Poder Público age dessa forma, decretação do ‘interesse público’ é ato arbitrário do Estado que, como Midas, coloca o ‘selo público’ em tudo o que toca”. E Prosseguem: “...em diversos aspectos existe um déficit qualitativo à fundamentação dos pronunciamentos judiciais, porque, de certa forma, os juízes, em diversas hipóteses, admitem o afastamento da legalidade com fundamento em convicções pessoais. Essas modalidades de decisões são absolutamente discricionárias, na medida em que, com fundamento em convencimento pessoal, sob o pretexto de interesse público, admitem que seja afastada a legalidade vigente” (In Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém).

obediência aos precedentes faz um corte transversal no diploma processual, inundando todos os institutos do Código, como um todo. A Lei 13.105 de 2015 positivou os precedentes judiciais como fonte obrigatória do direito, passando o processo a ser não apenas ambiente de construção da decisão no caso concreto (norma individual), mas também de construção de uma norma geral.

Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados desiguais. A divergência jurisprudencial afronta o princípio da isonomia. É preciso que casos iguais tenham idêntica solução jurídica. Nesse sentido, a coisa julgada traz uma visão da segurança jurídica para o sistema como um todo. Quando eventual solução for considerada mais apropriada na concretização de um termo indeterminado, os casos que envolvam tal assunto devem seguir esse mesmo entendimento.

A interpretação das normas de textura aberta evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e “põe em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere a resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais”, como pontua Jorge Junior (2004, p. 53).

Em decorrência da “indeterminação congênita” dos termos abertos, sua concretização será feita pelas sentenças e arestos, que a cada caso específico colhido nos conflitos sociais irão conferir a interpretação adequada aos valores e aos princípios pertinentes ao conceito indeterminado (JORGE JUNIOR, 2004, p. 59).

Afinal, os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica sobre a qual há de se decidir novamente, já foi resolvida por outro tribunal. Vale como precedente o quadro da fundamentação da decisão. É justamente por meio dos precedentes que os operadores do direito irão balizar seus pareceres e os cidadãos comuns irão pautar seu comportamento.

Isso porque, a análise dos precedentes para escolher a melhor solução é corolário do dever de isonomia. Se a norma legislada deve respeitar e prescrever regras de caráter geral e impessoal, condutas e direcionamentos a todos que se encontrem na mesma situação, o mesmo deve valer à norma aplicada.

Um dos fatores de extrapolção da discricionariedade é a violação à segurança jurídica, que está umbilicalmente ligada à noção de obediência aos precedentes. Isso por um simples motivo: a segurança jurídica pressiona a formação de um sistema ordenado em suas

manifestações, justamente para garantir a determinabilidade e a previsibilidade do Direito, a estabilidade e a continuidade da legislação e da jurisprudência.

Ora, se os Tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares de maneira distinta ou conferissem soluções variadas a problemas semelhantes, violariam a isonomia e quebrariam a confiança dos cidadãos no que concerne à resolução dos conflitos.

Na aplicação das normas de textura aberta há uma necessidade de respeito ao seguimento de uma jurisprudência firmada, para que haja pauta de conduta a todos os jurisdicionados. É necessário que, uma vez formada uma regra, haja um movimento dos tribunais e juízes no sentido de segui-la com respeito ao que foi firmado jurisprudencialmente.

A relação entre os conceitos indeterminados e o precedente judicial é bastante íntima. Ela reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula aberta, sem esgotar suas possibilidades, funcionando como “elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados” (DIDIER JR, 2015, p. 5-7).

Assim, haverá preservação da igualdade, criando-se previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, aumentando-se a segurança jurídica.

Não é por outro motivo que Larenz (1997, p. 442) recomenda ao juiz que não busque apenas resolver o caso concreto, mas projete a solução encontrada a outros casos similares e até aos futuros, buscando antever se a solução será efetivamente adequada à resolução daquela problemática.

Esta atividade é complexa, pois coloca o aplicador em estado de “crise permanente”⁸, pois está fazendo escolhas no presente, com base no passado, mas com olhos no futuro. O juiz escolhe as soluções do seu caso, pensando se ela poderá ser aplicada a outros casos e se terá repercussão positiva e coerente dentro da engrenagem jurídica. Em outras palavras, o juiz, e/ou o aplicador de um modo geral, preocupa-se com uma orientação prospectiva que se manifesta quando o tribunal “olha para o futuro, para os próximos casos relativos a questões

⁸ Esta crise é esclarecida em breve trecho de Rodriguez (2012, p. 24):

Essa necessidade de constantemente dar conta de conflitos novos, a partir de um material jurídico já existente, coloca o aparelho conceitual dogmático em um estado de ‘crise’ permanente. Trata-se de uma atividade voltada, ao mesmo tempo, para o passado e para o futuro, sempre em função do princípio da igualdade perante as leis”.

idênticas ou similares, e tem a intenção de que sua decisão guie e sirva de norte para casos futuros” (TARUFFO, 1997. p. 444).

Configura-se um exercício intelectual em que é feita uma projeção das consequências das soluções escolhidas, ou seja, os possíveis efeitos futuros que provavelmente serão obtidos. Trata-se da orientação prospectiva, que é igualmente um importante limite ao processo de escolha e, por consequência, à discricionariedade judicial.

A orientação prospectiva está presente sempre que existir a preocupação de a decisão se estabelecer como precedente e servir de base para julgamentos futuros, saindo do campo limitado do interesse das partes litigantes e visando a ser eficaz a posteriori para outros casos.

A partir do estudo de Taruffo (1997, p. 444), destacam-se algumas características dessa orientação prospectiva no julgamento feito pelas Cortes, tais como: a elaboração do voto e acórdão em termos mais gerais e abstratos; a utilização de raciocínios e argumentos úteis para resolver casos semelhantes, idênticos e até mesmo análogos; a formulação e o desenvolvimento de princípios destinados a resolver dúvidas; a escolha de casos visando a formar um precedente ainda inexistente, realizar *overruling* ou *distinguish*.

Essas características realmente se opõem à orientação prospectiva própria de Cortes que apreciam casos como se fossem um órgão de terceira instância para resolver conflitos individuais, tão somente; orientação esta marcada por “interpretações de normas jurídicas para resolver um caso específico em vez de formular um padrão que possa ser válido para casos futuros. (...) Esta orientação prevalece na Itália, Espanha e França” (TARUFFO, 1997. p. 445).

Acrescentam-se a essas características a tendência e o escopo dos votos a uma abstração e generalidade no julgamento do caso, buscando levar o raciocínio para um campo de aplicação indeterminado de casos futuros, demonstrando que, apesar de a prestação jurisdicional momentaneamente se prestar a resolver um caso particular, há uma pretensão generalizante (PINHEIRO NETO, 2014, p. 5).

O fato é que a orientação prospectiva incentiva a utilização de precedentes, representa indicativo de amadurecimento institucional e pragmático das Cortes na elaboração de suas decisões e acaba fortalecendo o respeito aos precedentes.

Frise-se que o precedente desempenha um papel fundamental nos julgamentos em todas as tradições jurídicas, pois expõe como o direito está sendo aplicado e interpretado. Logo uma boa fundamentação deve ser arrimada também em precedentes, os quais sempre possuem alguma força vinculativa, seja levemente persuasiva, seja estritamente vinculativa (PINHEIRO NETO, 2014, p. 6).

Sucintamente, os precedentes prestigiam muitos direitos e valores de uma ordem constitucional, tais como, a previsibilidade das expectativas, evitando surpresas e arbitrariedade, o direito de igual tratamento que gozam os jurisdicionados perante o Poder Judiciário e a integridade da ordem jurídica.

Quanto à previsibilidade das expectativas, um importante papel do respeito aos precedentes é gerar segurança e equilíbrio de expectativas legítimas. Nesse sentido, seria “inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados” (WAMBIER, 2012. p. 32).

Quanto ao direito de igual tratamento perante o Poder Judiciário, na fundamentação de decisões judiciais, os juízes adotam, em grande parte, o raciocínio analógico a partir da utilização de princípios de baixa abstração, que são concebidos como acordos não completamente fundamentados⁹, os quais favorecem o uso dos precedentes de forma analógica e promovem a estabilidade e a coerência do direito. Por exemplo, se a característica A de um caso X, presente em um caso diferente Y, se a diferença não for relevante, deve ser tratada da mesma forma, justamente em atenção ao direito de igual tratamento pelo Poder Judiciário.

A partir do respeito ao precedente, é possível fortalecer a ideia de que existe continuidade e padrão na aplicação da lei, sem aleatoriedade, subjetividades, casuísmos e decisionismos, de modo que os juízes estejam envolvidos na tarefa de conhecer e compreender os julgamentos passados. “Desta forma, os precedentes ganham o status de indícios formais (*formaleanzeige*) para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o direito em sua integridade” (RAMIRES, 2010, p. 99).

⁹ São chamados assim porque os juízes podem aceitar um princípio geral sem concordar com a sua aplicação em casos concretos, e, de outro lado, podem concordar com princípios de baixa abstração extraídos de casos particulares sem concordarem com teorias mais abstratas sobre o mesmo princípio.

Portanto a preocupação com a orientação prospectiva é um guia e limite interessante para eventuais desmandos na discricionariedade judicial¹⁰.

Ao lado da orientação prospectiva, dentro da linha de que o precedente judicial é um dos mais importantes parâmetros para aplicação dos textos indeterminados, cabe suscitar uma técnica específica: o método de grupo de casos.

Sem pretensão de esgotamento do tema e apenas como uma sugestão, existe uma técnica de controle na aplicação dos conceitos indeterminados, pela adoção do método de grupo de casos, denominado na Alemanha de *Fallgruppenmethode*. Merke (2004, p. 10) é quem faz exposição interessante sobre o método:

A doutrina alemã pode ser considerada pioneira na teorização e sistematização do denominado método de grupo de casos como auxiliar do intérprete das cláusulas gerais, o denominado *Fallgruppenmethode*. Por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas. Parece ter lugar uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos.

Perceba-se que a comparação entre o caso a ser decidido e os casos individuais que integram determinado grupo de casos poderia levar tanto à expansão quanto à redução do grupo de casos, dado que o novo caso pode conter novos aspectos até então não enfrentados, que venham a influenciar no desenvolvimento do grupo como um todo Merke (2004, p. 10).

Alerta, ainda, nos primeiros casos, quando ainda não houver um grupo definido, deve o aplicador utilizar da interpretação sistemática, além de se observar os preâmbulos e as exposições de motivos das leis, se disponíveis, e, a partir deles extrair os valores que integram o sistema jurídico.

O método do “grupo de casos” é tratado também por Jorge Junior (2004, p. 55-56). O autor aduz que para concretização dos conceitos gerais (boa-fé, culpa, equidade etc.), na

¹⁰ Com base nas características de uma orientação prospectiva traçadas por Taruffo (1975) (ou seja, a elaboração do voto e do acórdão em termos mais gerais e abstratos; a utilização de raciocínios e argumentos úteis a resolver casos semelhantes, idênticos e até mesmo análogos; a formulação e o desenvolvimento de princípios destinados a resolver dúvidas; a escolha de casos visando a formar um precedente ainda inexistente, realizar *overruling* ou *distinguish*; e a existência de abstração e generalidade no julgamento do caso), foi possível constatar concretamente elementos concernentes à orientação prospectiva e à preocupação do Supremo Tribunal Federal com os casos futuros. A constatação se deu por meio de pesquisa e cunho exploratório de julgamentos com repercussão geral reconhecida e de mérito (Recursos Extraordinários 598.099/MS, 603.583/RS, 591.874/MS e 600.885/RS). A pesquisa está disponível em Pinheiro Neto (2014, p. 197).

intenção de formatar uma norma ao caso concreto, os órgãos jurisdicionais vão sedimentando com o passar do tempo um “grupo de casos”, os quais por se referirem a hipóteses concretas semelhantes, preenchem de sentido as expressões formuladas abstratamente, conferindo-lhes concretude de significado e a possibilidade de se instituir um controle na aplicação desses enunciados normativos no sistema.

O método do grupo de casos, em realidade, propõe-se a estabelecer uma metodologia de controle da fundamentação das decisões que aplicam os conceitos indeterminados. Larenz (1997, p. 411) igualmente comenta sobre o Fallgruppenmethode, no sistema alemão:

A jurisprudência dos tribunais, esclarecendo mediante exemplos ‘ilustrativos’ estas idéias jurídicas e princípios e, de seguida, por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de idéias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, consegue enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar. Os comentários ao § 242 do BGB oferecem um exemplo expressivo nesta matéria.

Note-se que esta tendência na Alemanha acabou por redundar numa “tipificação” das cláusulas gerais consubstanciada nas coletâneas de julgados editadas sobre casos assemelhados. Jorge Junior (2004, p. 56-57) chega a afirmar que seria algo equiparado a súmulas jurisprudenciais edificadas em julgados, experiência semelhante ao que ocorre no Brasil com as decisões referentes aos danos morais; na falta de normatividade específica, socorre-se da jurisprudência que, a passos largos, constrói hipóteses de “aceitabilidade, de legitimidade postulatória e de estruturação de parâmetros de indenização do dano moral, perante a enorme diversidade de casos que surgem no Foro”.

Deste modo, a constante aplicação das normas de textura aberta faz com eles sirvam de referência para um corpo de julgados, dando especial importância aos precedentes, pois, na medida em que casos concretos são decididos com sua aplicação, tais conceitos passam a ser apenas relativamente indeterminados pelo “grupo de casos”. Trata-se de um importante método para previsibilidade e segurança jurídica na aplicação dos termos abertos.

As decisões repetidas dos tribunais sobre as normas de textura aberta preenchem de significado normativo, obedecendo à construção pragmática e histórica, da experiência jurídica.

Como ilustra o professor pernambucano Macêdo (2015, p. 192), hoje há significados atribuídos à boa-fé objetiva que não são controvertidos, como a concepção de *venire contra*

factum proprium, em que dificilmente pode se visualizar espaço para grandes construções, muito embora semanticamente o texto normativo seja de elevado grau de incerteza. A sua construção pragmático-semântica na experiência tem conteúdo normativo definido e claro. Sua zona de certeza positiva e negativa é mais evidente, o que não significa, entretanto, que se tenha esgotado a potencialidade de sentidos dos dispositivos normativos, visto que ganham significados na medida em que interagem com novas situações e valorações.

Afinal, por mais aberta que seja a textura da norma, haverá sempre um grau de determinação decorrente do ambiente histórico e contextual de aplicação que só a obediência e o respeito aos precedentes judiciais vinculantes podem conceder. Em outras palavras, se o significado da norma de textura aberta foi pragmaticamente trabalhado e bem construído na experiência, não é passível de modificações sem o enfrentamento de uma pesada carga argumentativa (MACÊDO, 2015, p. 195).

Ora, se é certo que o juiz da atualidade se depara com cláusulas abertas, onde nem sempre é possível o método de subsunção, o sistema de precedentes se revela indispensável a fim de conferir segurança às partes e permitir que o advogado tenha condições de orientar seus clientes sobre como os tribunais estão decidindo determinada situação concreta.

Os precedentes surgem para tornar a voz do juiz vinculada, e não arbitrária. O magistrado ao preencher o conteúdo de uma cláusula geral deve fazê-lo de maneira adequada e fundamentada, e isso passa pelo exame do cardápio de precedentes e por uma visão integrativa e intersistemática, em que pode ocorrer a migração de conceitos e valores entre as normas infraconstitucionais e a Constituição (HENRIQUES FILHO, 2006, p. 158).

Essa potencial variabilidade do significado das cláusulas gerais permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre os campos normativos, evitando a construção de paredes internas no sistema e os malefícios de uma inflação legislativa (HENRIQUES FILHO, 2006, p. 158).

O manejo dos precedentes no trato da aplicação das cláusulas gerais é, pois, uma importante ferramenta de controle dos atos do juiz. O preenchimento da abertura do texto legislativo “deve acontecer em consonância com a cadeia de julgados anteriores, sob pena de resvalarmos no temido subjetivismo desvinculado de uma pauta racional e lógica de argumentação jurídica”, como anota Garcia (2013, p. 28).

Todo esse esforço tem a finalidade de evitar que o julgador baseie sua decisão única e exclusivamente em sua opinião pessoal, rechaçando-se, assim, o voluntarismo puro.

É claro que o método do grupo de casos encontra críticas, pois os casos individuais integrantes do grupo de casos acabam por tomar quase que exclusivamente a função de preenchimento valorativo da cláusula geral, afastando a perquirição acerca de novos valores¹¹.

Igualmente, Didier Junior (2015, p. 5-7) entende o método do grupo de casos como boa ferramenta na aplicação dos conceitos indeterminados:

A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que mediante exemplos ilustrativos e, em seguida, por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de idéias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente indeterminada, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um

¹¹ A crítica foi feita pelo alemão Ralph Weber (MERKE, 2004, p 10):

Segundo Weber, poucos discutem o método do grupo de casos. Ele estaria consolidado, na doutrina alemã, como verdade absoluta. Outro fundamento é que a regulação jurídica das relações de vida sociais tem por escopo garantir dois valores básicos: a segurança jurídica e a justiça no caso individual. As cláusulas gerais cumprem a segunda função, uma vez que a primeira é cumprida pelas normas de tipicidade rígida. Com a tipificação das cláusulas gerais, a justiça do caso concreto passaria a ficar em segundo plano.

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.

O legislador teria legitimidade para abdicar de sua função de legislar para o caso concreto, tendo em vista o princípio da democracia (o detentor originário do poder de legislar é o povo), mas o julgador não pode se dar ao luxo de fugir de sua função de aplicar justiça ao caso concreto.

A crítica se dirige à utilização do método do grupo de casos, quando se encara o grupo de casos não como uma mera coletânea de casos individuais, mas sim como a expressão de um pensamento jurídico efetivo e generalizado. O grupo de casos, assim, passaria a generalizar o caso individual e fazer com que as especificidades deste último fossem perdidas em nome do cômodo enquadramento num grupo previamente formado. Isso faz com que a vagueza, a labilidade e a incerteza, características ontológicas das cláusulas gerais, sejam postas de lado.

Para Weber, no direito alemão, o precedente não pode ter a força que a prática tem-lhe dado, pois não se tem notado a preocupação de fundamentação da sentença acerca do motivo de se estar utilizando o precedente. Essa seria uma questão que simplesmente estaria passando ao largo da análise da doutrina.

O limite deste método é a ausência de vinculação absoluta aos precedentes como enfatiza Weber. Mas, de alguma maneira é saudável um certo valor aos precedentes quando se opera com cláusulas gerais, para garantir os valores da segurança jurídica e do tratamento igualitário.

Outro fundamento da discordância de Weber está no fato de que, para ele, a decisão judicial não é fonte de direito, pois lhe falta uma causa de reconhecimento do direito. Ela é apenas um ato de reconhecimento do direito. Em decorrência disso, o próprio grupo de casos também não é fonte de direito.

A proposta de Weber é que se utilize o *Einzelfallmethode*, ou seja, método focado única e exclusivamente no caso em questão, e sem preocupação excessiva com os precedentes formados sobre a matéria, pois, como apontado, para ele as cláusulas gerais são figuras auxiliares, chamadas a atuar apenas quando normas de tipicidade fechada não puderem ser empregadas em virtude da injustiça ou teratologia que resultaria de sua aplicação.

Há, portanto, para Weber, subjetivismo do julgador. E isso é louvável, agregando o que foi denominado de *Ehrlichkeitskomponente* (componente de sinceridade intelectual, por assim dizer), mas há que se ter em mente que a concepção de cláusula geral de Weber é restrita.

entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar.

Apesar das críticas, um sistema composto por normas de textura aberta possibilita o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do direito, e o método de grupo de casos é uma técnica de muita valia.

É preciso lembrar que, ao escolher os casos, o juiz deverá obedecer à contemporaneidade e ficar atento ao momento histórico em que foram decididos. Por exemplo, um julgado acerca da concretização do conceito de “bons costumes” prolatado em 1920, certamente não pode ser o mesmo de 2015. Em outras palavras, os fatos precisam ser corretamente apreendidos para que haja a correlação adequada entre os casos.

E mais, é necessário que se fique atento aos parâmetros sociais vigentes, de modo a não divergir do contexto social e cultural. A congruência com esses parâmetros socialmente vigentes é um guia, igualmente, no preenchimento das normas abertas.

Necessário observar os parâmetros de ordem geral (socialmente reconhecidos como vigentes) que, mesmo externos ao contexto da decisão singular, condigam com o contexto social em que o ordenamento jurídico se coloca; não obstante, ao valorar as situações, o juiz não pode desconectar-se das noções presentes na cultura média (localizada no seu tempo e espaço).

Afinal, não pode o aplicador, na concretização dos conceitos indeterminados, ignorar o consenso social já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser por ele examinadas. As práticas negociais de agricultores de uma região, por exemplo, não podem ser ignoradas na compreensão do que significa um comportamento socialmente havido como “honesto”, para fim de concretização do termo indeterminado “da boa-fé” (DIDIER JUNIOR, 2015. p. 7).

5.4 Transparência do referencial teórico e a aproximação entre doutrina e magistratura

Outro ponto de suma relevância para o processo de escolha das soluções é a coerência da orientação doutrinária adotada na decisão, de modo claro e transparente, pelo juiz. O estabelecimento e a anunciação do pensamento doutrinário acerca da norma jurídica funcionam como um *topoi*¹², um verdadeiro ponto de partida e uma legítima “fórmula de

¹² Sobre a noção de *topoi* e tópica argumentativa é indispensável o esclarecimento de Camargo (2003, p. 148-150):

procura”¹³ de soluções de conflitos, que não podem ser desconsideradas pelo julgador, sob pena de comprometimento do desenvolvimento seguro e estável da ordem jurídica.

Isso significa dizer que o juiz precisa ter honestidade intelectual para informar seu referencial teórico na escolha da solução adotada. Afinal, como dito anteriormente, o juiz é um ser humano repleto de história e informações.

Por isso, o juiz deve informar, por exemplo, que adota uma metodologia positivista, neopositivista, ou jusnaturalista, e quais os seus referenciais teóricos, de modo que seja possível, inclusive, apontar eventuais incoerências e contradições teóricas no raciocínio jurídico adotado. Com efeito, haverá uma decisão mais legítima, sobretudo em decorrência do contraditório substancial desenvolvido na relação processual.

Cresce também o papel da doutrina que precisa voltar a doutrinar e andar de mãos dadas com os Tribunais. Como, com o dever expresso de fundamentação dos conceitos jurídicos indeterminados, haverá o aumento da responsabilidade dos magistrados, crescerá também o papel da doutrina que terá o dever de assumir a postura crítica construtiva no que toca ao trabalho dos juízes.

...a tópica é um procedimento em busca de premissas. A função dos topoi é servir a uma discussão de problemas, intervindo em caráter auxiliar. Os topoi ganham sentido a partir do problema, à medida que, à vista de cada um, eles podem aparecer como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. O pensamento tópico, portanto, não é linear, e pode ser interrompido quando surge um dado ou situação nova (...)

A tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa: suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos interlocutores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que se disputa fica provado em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outro raciocínio de ordem dialética. Diante da infinidade do raciocínio tópico, permanece, então, o debate como a única instância de controle. A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pela imposição de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente as equivocidades. Não existem, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela sua força de convencimento”.

Igualmente importante é a exposição de Atienza (2000, p. 61-62): “por um lado a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma técnica do pensamento problemático; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de topos ou lugar-comum; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma busca e exame de premissas: o que caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não na conclusões.

Assim, a tópica é (de acordo com a distinção de Cícero aludida anteriormente) uma *ars inveniende*, um procedimento de busca de premissas (de tópicos) que, na realidade, não termina nunca: o repertório de tópicos sempre é necessariamente provisório, elástico. Os tópicos devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento que só permitem alcançar conclusões curtas. A isso se contrapõe a *ars iudicandi*, a lógica demonstrativa que recebe as premissas e trabalha com elas, o que permite a elaboração de longas cadeias dedutivas”.

¹³ A expressão é de Ferraz Junior (1991, p. 46).

Em realidade, é importante restaurar e respeitar a interpretação doutrinária¹⁴, sobretudo para revelar o sentido dos textos abertos. A sinceridade e a honestidade intelectual mencionadas neste tópico significam justamente essa reaproximação¹⁵ dos juízes com os doutrinadores.

O professor americano Dawson (1977), na obra *The general clauses, viewed from a distance* (*Cláusulas gerais, vistas distância – tradução livre*)¹⁶, faz uma análise esclarecedora

¹⁴ São atemporais as lições de Maximiliano (1994. p. 20 e 76):

Rigorosamente só a doutrinal merece o nome de interpretação, no sentido técnico do vocábulo; porque esta deve ser, na essência, um ato livre do intelecto humano. Divide-se em judiciária ou usual, e doutrinal propriamente dita, privada ou científica, ambas obtidas pelos mesmos processos e resultantes da aplicação das mesmas regras. A primeira origina-se nos tribunais, a segunda é o produto das lucubrações dos particulares, das pesquisas dos eruditos - *communis opinio doctorum*. Uma e outra adquirem grande prestígio quando uniformes, duradouras, e confirmadas ou defendidas por jurisconsultos de valor, com assento no pretório, ou brilhantes advogados, catedráticos, escritores”. E prossegue o professor: “Portanto a doutrina e a jurisprudência, ora consciente, ora inconscientemente, avançam dia a dia, não se detêm nunca, acompanham o progresso, amparam novas atividades, sustentam as modernas conquistas, reprimem os inesperados abusos, dentro dos princípios antigos, evolutivamente interpretados, num esforço dinâmico inteligente, sem embargo de aludirem ainda muitos a uma vontade diretora, perdida nas trevas de passado remoto.

¹⁵ Streck (2013) expõe uma reflexão sobre o Novo Código de Processo Civil, a crise de relacionamento entre os juízes e a doutrina, e o que se espera da doutrina nesse novo panorama:

Vivemos um momento histórico. O novo Código, aprovado com tais alterações, propiciará o surgimento de uma nova doutrina. Sim, uma nova doutrina que propiciará a construção de uma gramática narrativa das condições de possibilidade da aplicação do direito. A doutrina, com isso, voltará a doutrinizar.

Nos últimos tempos, a doutrina tem assumido uma postura passiva diante dos tribunais. Veja-se, por exemplo, que houve pouquíssima reação à humilhação que a doutrina sofreu quando em um acórdão do STJ o ministro Humberto Gomes de Barros disse (AgReg em ERESP 279.889-AL): ‘Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (...)’

(...) Mas as reações foram tímidas. Simbolicamente, esse acórdão representa no que virou a doutrina. Pois o novo Código, se aprovado com essas alterações acima elencadas, abrirá o espaço para a doutrina assumir um papel de protagonista, fazendo aquilo que venho pregando de há muito: a de “constranger epistemologicamente” juízes e tribunais da República. Ou seja, trata-se da possibilidade de republicanizar a doutrina. E ela voltar a fazer jus ao seu nome: Doutrina, que quer dizer “doutrinizar”. E não caudatária de decisões tribunalícias e fábrica de verbetes e ementários elaborados pela valorosa classe dos estagiários” (Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>).

¹⁶ DAWSON, 1977. p. 454/455, url: <http://www.jstor.org/stable/27876116>:

Doutrinadores alemães, muitos dos quais em seu trabalho tenham atingido a mais alta distinção, participam ativamente examinando a jurisprudência nesses tubos de ensaio, mais importante, continuar a coordenar, procurar e definir novos rumos, construir novas estruturas de ordem fora da desordem recém-criada e encaixá-los todos em grande projeto.

Isto parece-me a grande conquista do direito alemão moderno. O grande projeto é, naturalmente, com base e construído em torno dos Códigos em si mesmos, mas os códigos e especialmente o Código Civil, expressa, como já disse, em suma, o sistema complexo e integrado de ideias que a “ciência jurídica” já havia construído e em que o consenso foi alcançado a um grau notável (...)

do sistema judicial alemão, sobretudo no que concerne à aplicação das cláusulas abertas e à íntima relação entre a magistratura e a doutrina.

Após declarar que existe um alto grau de confiança do povo alemão nas decisões do Poder Judiciário, Dawson (1977, p. 453) afirma haver uma íntima relação entre a doutrina e os tribunais. Os casos judiciais são examinados em laboratórios jurídicos, as soluções alternativas são testadas, e suas consequências estudadas.

Num trabalho conjunto, novas direções e novas estruturas são confrontadas umas com as outras, com o específico propósito de especular como seria a desordem (“e se?”) e, por conseguinte, conformar o caos num cenário muito maior.

E a conclusão, baseada em estatísticas, é algo a se refletir: a ousadia e a prosperidade das inovações do sistema judicial alemão nos últimos 50 anos devem-se ao fato de que os juízes são tão legitimamente livres na sua atuação, porque eles aceitam de corpo e alma, e aprendem, integralmente, a sistemática e as disciplinas das modernas disciplinas jurídicas alemãs.

O professor americano, explicando a relação simbiótica entre a academia e os juízes, utiliza-se de uma parábola curiosa: os juízes se sentem livres para explorar o oceano inexplorado, porque eles sabem seu caminho de volta para terra firme e tem toda a intenção de fazer da terra firme sua residência. E mais, aventuram-se a explorar o mar aberto, pois têm guias experientes em quem podem confiar, os quais observam seus eventuais deslizos e lhes tocam os ombros caso aparentem qualquer sinal de perder a direção. São eles, os professores (DAWSON, 1977 p. 455).

A grande mudança nos últimos 50 anos tem sido a iniciativa tomada pelos tribunais na atividade criativa da lei - o tipo peculiar de lei que os tribunais podem fazer. Isso trouxe uma mudança na parceria antiga entre os juristas e os tribunais alemães: a academia jurídica recuou da posição da linha de frente que antigamente tinha para, na maioria do tempo, um papel de acompanhamento. Mas se afastando desta forma não tem a mínima intenção de desfazer a parceria.

As criações variadas dos Tribunais alemães teriam vagado sem rumo em espaços vagos adjacentes, se os estudiosos não tivessem feito esforços constantes e vigorosos para conectá-los, reorganizando e colocando-os em um lugar dentro do edifício central. E parece improvável que eles teriam tanto sucesso, se a influência não continuasse a trabalhar ativamente em ambos os sentidos. A influência é evidente para qualquer leitor de relatórios das revistas de direito alemão, não só na frequência com que os tribunais citam os escritos da doutrina, mas no uso ostensivo que os tribunais fazem ao organizar as ideias que foram propostas primeiramente pelos estudiosos. Eu gostaria de ir muito mais longe e dizer que a previsibilidade e coerência não poderiam ter sido mantidas na lei alemã em tal alto grau, se o trabalho de parceria não tivesse sido mantido entre a magistratura de carreira e juristas, ambos altamente treinados e firmemente comprometidos com o mesmo sistema altamente ordenado de ideias legais”

Para efeito deste trabalho, ao se deparar com várias soluções em um caso concreto, os Tribunais e professores podem fazer um estudo das demais soluções no caso concreto, testando suas consequências, com métodos científicos conhecidos pelas universidades. Este exercício agrega-se ao processo de escolha, aprimorando a compreensão dos sentidos do texto e revelando procedimentos operacionais que guiem o operador na difícil tarefa de interpretar e aplicar a norma aberta.

Universidades, testando as soluções viáveis e organizando os tipos de casos julgados, por certo, otimizariam a prestação jurisdicional.

De fato, por que aos juízes na Alemanha podem ser confiados os poderes abertos de inovação e aqui no Brasil existe certo receio de que esse poder se revele em arbítrio?

Com certeza se dá pelo fato de que, na Alemanha, os tribunais e a doutrina treinaram um ao outro no desenvolvimento de técnicas de concretização e de controle que tornaram o sistema legítimo, coerente e com alta credibilidade para os cidadãos.

Portanto, no processo de escolha, o juiz deve, sim, obedecer e guiar-se pela orientação doutrinária que é uma instância que permite testar hipóteses, pesquisar melhores soluções, além de representar a expansão do que há de mais valioso na humanidade: cultura e educação.

Dessa forma, evitar-se-iam impertinentes manifestações dos Tribunais, como a do Superior Tribunal de Justiça, em que o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou em um voto: "Não me importa o que pensam os doutrinadores. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele" (AgReg em ERESP 279.889-AL).

A afirmação denota a forma como a magistratura tem-se comportado em relação à doutrina. É necessário restaurar o diálogo entre ambas, inclusive enquanto cânone de interpretação dos textos normativos abertos, com a transparência e indicação clara do referencial teórico adotado pelo julgador nas conclusões adotadas na decisão.

5.5 O modelo processual cooperativo e as soluções reveladas no caso

A cooperação processual também se afigura como um parâmetro plausível para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Como aponta o professor Gouveia (2009, p.

48): “A presença ativa e participante das partes servirá como forma de controle dos amplos poderes do juiz na tradução jurídica do fato social, limitando o arbítrio, favorecendo o processo dialógico, que é a garantia maior de objetividade e da maior abertura na decisão”. O contraditório substancial, portanto, limita a discricionariedade judicial presente nos termos indeterminados.

O Novo Código de Processo Civil trouxe a dimensão axiológica do processo como substância, que legitima o exercício do poder estatal jurisdicional pela participação efetiva das partes¹⁷.

A aplicação do conceito jurídico indeterminado é uma atividade de interpretação, qualificada pelo diálogo, exercido por intermédio do contraditório substancial na relação jurídica processual. A verificação do sentido da norma não prescinde da participação dos sujeitos da relação jurídica processual (partes, juiz e terceiros eventualmente intervenientes). Afinal, existe uma comunidade de trabalho entre as partes e o juiz em relação à formação do mérito da causa. A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo.

Na relação processual, em que se opera o contraditório de forma substancial, com o poder de influência, a revelação do sentido da norma no caso concreto ganha mais relevância, e é aí que a garantia do direito se forma de maneira mais democrática, considerando a participação efetiva e real dos agentes.

O professor Cunha (2012, p. 358) escreve com precisão sobre o tema:

¹⁷ É interessante a lembrança de Jayme e Franco (2014, p. 340) sobre o contraditório como fundamento de legitimidade do exercício do poder jurisdicional:

Nos termos do parágrafo único do art. 1.º da Constituição da República (LGL\1988\3) (CF/1988 (LGL\1988\3)), o exercício do poder estatal somente se legitima quando exercido por representantes eleitos, ou diretamente, nas hipóteses constitucionalmente previstas. Considerando que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, a legitimidade dos provimentos jurisdicionais decorre da participação direta dos destinatários dos efeitos produzidos pela decisão. Esta participação ocorre mediante a garantia do contraditório, em que os interessados atuarão em simétrica paridade na construção do provimento a que se sujeitarão. Trata-se de exercício da soberania popular na medida em que as partes, sujeitos do contraditório, de forma participativa, interferem decisivamente na construção do provimento, ato de poder estatal, que produzirá efeitos nos patrimônios jurídicos dos partícipes. A soberania popular, assevera Bonavides, é na democracia “seu tecido mais nobre, sua energia mais expansiva, seu elemento mais dinâmico, sua categoria mais elevada em termos de juridicidade.

A noção inicial e mínima do contraditório relaciona-se, como se percebe, com a tempestiva ciência das partes sobre os atos processuais. Segundo assinala Federica Dotti, com apoio nas lições de Luigi Paolo Comoglio, “a efetividade do direito de defesa pressupõe a concreta e tempestiva ciência do tempo, da forma e do modo que o ordenamento confere a determinados sujeitos de participarem ativamente do processo. Quer isso dizer que as formas de comunicação e de notificação, previstas na legislação processual, devem constantemente garantir as melhores condições de ciência dos atos a seus destinatários, não se admitindo a pura e simples presunção de eventual ciência”.

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito.

Aliás, este contraditório participativo é condição primeira de validade do provimento jurisdicional final, que é a sentença. Isso porque os atos processuais, como espécies de ato jurídico, realizam-se no curso do procedimento mediante a sujeição às regras que determinam sua aparição e seus efeitos. Cada ato processual deve conformar-se às normas que regem sua criação e lhe confere valor jurídico. Trata-se de pressuposto para que produzam efeitos juridicamente válidos.

Logo, se isso não ocorre haverá uma quebra da harmonia e equilíbrio na relação jurídica processual e, como bem anunciam os professores Jayme e Franco (2014, p. 338): “o ato carecerá de validade e o procedimento estará viciado, pois cada um dos atos jurídicos do iter procedimental influi sobre a validade do conjunto, ou seja, cada um se encontra sustentado pelo ato precedente e é, a seu turno, sustentáculo dos demais”.

Todo processo está integrado por atos jurídicos que guardam entre si relação cronológica, lógica e teleológica. A perfeita engrenagem desta sequência de atos culmina no provimento final, que dirime a controvérsia e estabelece a verdade legal, com autoridade de coisa julgada. Se os atos que dão sustentação ao provimento estão afetados por vícios graves, que os privam da eficácia que deveriam ter em condições normais, o provimento não subsistirá, pois ausente seu pilar de sustentação: um processo válido.

Com efeito, o contraditório substancial, dentro deste modelo cooperativo, é suporte ou pressuposto da solução da controvérsia por meio de um provimento (sentença). Com efeito, o processo é espécie de procedimento que se distingue e se qualifica pela presença do contraditório em todas as suas fases, realizado em simétrica paridade (JAYME, 2014, p. 338).

Trata-se de princípio que eleva a importância da participação das partes no desenvolver do processo; o papel dos sujeitos na interpretação e aplicação da norma é algo salutar para concretização do direito. Por isso a contribuição das partes no processo é

elemento essencial para a elucidação da solução justa e adequada, especialmente no que concerne às normas de textura aberta.

No Novo Código de Processo Civil está clara a ideia de um processo pautado na interação propositiva entre os sujeitos processuais direcionada à solução do conflito de uma maneira plural e participativa. Trata-se da dimensão colaborativo-cooperativa do processo que é um sintoma da nova metodologia do direito processual.

O contexto do litígio processual moderno impõe o dever de diálogo do juiz com as partes. O princípio do contraditório — um dos pilares em que se sustenta a atividade processual — impõe ao juiz imprescindível observação do binômio informação/reação. No plano pragmático, e em bases concretas, “contraditório” quer dizer que em processo não pode haver surpresas, circunstância que impõe, sempre, seja ouvida a parte contrária (*audiatur et altera pars*¹⁸). A noção de contraditório, portanto, “recebe contornos mais amplos, de modo a agregar ao binômio tradicional (informação/reação) outro componente, o ‘diálogo’ que o juiz deve estabelecer com as partes, de modo a materializar a ideia de cooperação no processo”, como bem lembra Assis (2015, p. 17).

É delicado falar em cooperação em um processo judicial, cuja própria natureza é adversarial, em que se supõe que todas as possibilidades de conciliação foram esgotadas previamente. Exatamente por isso é necessário se ter a compreensão do alcance do princípio da cooperação¹⁹, que reflete uma nova cultura judiciária que potencialize o diálogo franco

¹⁸ Como informa Bodart (2012, p. 333):

Audiatur et altera pars! Ouça ambas as partes! Nenhum juiz assume a magistratura sem conhecer esse mandamento. A parêmia, afinal, é antiga, já arraigada ao direito ocidental moderno, tanto na família do civil law quanto do common law. A mais antiga referência ao brocardo se encontra na obra do escritor, filósofo estoico e quaestor romano Sêneca (4 a.C. – 65 d.C.), mais especificamente na tragédia Medeia: “*Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum licet statuerit, haud aequus fuit*” (Quem decide o que quer que seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo).

A frase comporta duas ideias fundamentais, a primeira de cunho subjetivo e a outra de natureza objetiva. A uma, traduz a injustiça de impor a alguém uma decisão, sem que se lhe tenha oportunizado a apresentação dos seus argumentos. A duas, demonstra ser essencial a oitiva das partes para a descoberta da verdade, sendo que a restrição ao contraditório, quase sempre, conduz a um erro judiciário”.

¹⁹ Sobre o alcance do princípio, pertinente é a citação de trecho de artigo de Oliveira (2012):

Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregadas convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual (...) O processo civil não atua no interesse de nenhuma das partes, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, um estímulo, pra que o Estado, representado pelo juiz, intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos”.

entre todos os sujeitos processuais, tendente a alcançar solução mais ajustada aos casos concretos.

Na lição precisa de Carpena (2012):

Com o afastamento das ideias de liberalismo e individualismo, sucumbiu a perspectiva defendida por doutrina mais antiga, cuja orientação era no sentido de não haver dever de colaboração das partes, principalmente, da demandada, por considerar que tal circunstância se assemelharia a um instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes, podendo até mesmo ser considerado um “instrumento de tortura moral”. Ora, hoje, a ideia de que o descompromisso ou a não colaboração processual pode ser cogitada como arma legítima, de fato, não encontra mais espaço, seja no direito pátrio, seja na doutrina moderna alienígena.

Por esta mentalidade, o juiz tem em suas mãos a possibilidade de dialogar com as partes para tirar suas dúvidas na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados e sobre as soluções possíveis reveladas no caso concreto.

Dialoga com as partes para pensar soluções alternativas, apontar zonas de incerteza, confirmar juízos negativos e positivos sobre o alcance do conceito, esclarecer sobre consequências danosas, questionar medidas impertinentes ou ineficazes, enfim, usar do contraditório substancial como padrão técnico operacional de julgamento.

As convicções normativas efetivamente existentes de cada participante sobre a solução adequada devem ser submetidas a uma investigação racional, num ambiente controlado do procedimento processual.

Este *modus operandi* acarreta “um redimensionamento da máxima *iura novit curia*, porquanto ao juiz cabe pronunciar-se sobre a norma jurídica a ser aplicada ao caso depois de realizar o necessário diálogo com as partes”, como alerta Cunha (2012, p. 365). É claro que cabe ao juiz aplicar o direito ao caso concreto, mas não sem antes consultar as partes e se deixar influenciar pelas suas manifestações. Trata-se de uma releitura dos princípios da *iura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius* sob a ótica do contraditório cooperativo, nos exatos termos da Lei 13.105 de 2015, art. 10.

E mais, é possível refletir em contraditório, por exemplo, se a indeterminação do conceito está na base fática ou nas consequências jurídicas naquele caso concreto.

Após amplo diálogo processual, o juiz terá mais possibilidade de expor na fundamentação da decisão judicial, os motivos concretos de incidência, quando aplicar normas abertas.

O modelo cooperativo resgata a boa convivência e a conduta entre cidadãos. Seu objetivo é facilitar o intercâmbio nas soluções de problemas, estimulando o espírito de solidariedade e criatividade na adoção de meios alternativos para solução de conflitos. Pode-se asseverar que o objetivo da cooperação jurídica é garantir a eficácia da prestação jurisdicional e o acesso à justiça, fortalecendo, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

Quando o Estado-juiz conclama as partes a participar da formação da sentença, bem assim de todas as decisões, acena com a bandeira da democracia e facilita a efetividade dos seus provimentos, com o importante fator psicológico da predisposição dos envolvidos a cumprir o que for determinado (BODART, 2012, p. 334). E é exatamente isso que busca a Constituição, que impõe ao Estado, em todas as suas esferas de poder, a legitimidade de seus provimentos. Valendo-se da lição do sociólogo Niklas Luhmann, Dinamarco (2008, p. 163) define a legitimidade como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.

Aproximar as partes do processo de concretização das normas de textura aberta, com o diálogo na escolha da melhor solução, é essencial. O convencimento das partes acerca do acerto da decisão é fundamental. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante abrandada, se não suprimida, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu não acolhimento. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos (BODART, 2012, p. 337).

O jurisdicionado deve ter o conforto de que participou do processo decisório, que sua causa foi atentamente analisada pelo magistrado, que deve empreender razoável esforço para convencê-la a respeito da justiça de sua decisão, ainda que sua pretensão não tenha sido acolhida.

Registre-se que é equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem do juiz como terapeuta social (GREGER, 2012, p. 125). Mas, sim, utilizar-se do diálogo para ilustrar orientações futuras ao regulamento processual, que não expressas em lei.

A democracia representativa foi democratizada; não mais se exerce apenas pelo voto. Quando um provimento estatal afeta com maior intensidade um indivíduo ou um grupo de

indivíduos, é indispensável que se lhes confira instrumentos para que possam influenciar na tomada de decisão. O contraditório, no viés cooperativo, não tolhe a autoridade conferida à jurisdição, mas, ao contrário, “a reforça como uma autoridade racional que perpassa pela controlabilidade do provimento emanado”, como bem relata Bodart (2012, p. 334).

Ora, como este trabalho analisa limites e parâmetros para atividade discricionária judicial, o contraditório participativo dialoga com a controlabilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, o contraditório revela a prerrogativa de influência, a prerrogativa de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial, o que nada mais é do que a possibilidade de interferência e de fiscalização dos resultados advindos do exercício da função jurisdicional (JAYME, 2014, p. 342).

Assim, o modelo cooperativo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório²⁰, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes.

Pode-se se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todos no arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação de poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado.

O diálogo substitui com vantagem o confronto e a oposição, dando destaque ao concurso de atividades dos sujeitos processuais, com largo espectro, tanto na colaboração da pesquisa dos fatos como na valorização da causa.

²⁰ Oliveira (2003, p. 113-115) trabalha a cooperação como contraditório qualificado na qual, ao mesmo tempo que permite a interação das partes com o julgador, também estabelece formas de contenção do arbítrio estatal: Em face dessa realidade, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar os limites impostos pelo próprio sistema. A vontade e atividade das partes tendem, outrossim, a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação um troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Tudo isso implica, no essencial, a ideia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e a realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz. Interessante é que o órgão judicial, ao mesmo tempo, garante com sua atividade a participação efetiva das partes.

O princípio da cooperação exige, pois, um juiz mais ativo, situado no centro da controvérsia, o que, ao invés de causar um distanciamento com as partes e entre elas, vai buscar restabelecer o caráter isonômico do processo, ou, ao menos, conseguir um ponto de equilíbrio.

Impende ressaltar que esse objetivo somente pode ser alcançado por meio do fortalecimento dos poderes das partes, com sua participação mais ativa e leal no processo, de modo a contribuir mais efetivamente à formação da decisão judicial.

A doutrina tem tratado o princípio da cooperação, como o desdobramento de quatro poderes-deveres essenciais: esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.

O professor Gouveia (2012, p. 471/487), ao fazer o cotejo com o Código de Processo Civil Português, simplifica a explicação de cada um. O dever de esclarecimento “consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de molde a evitar que sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada”. O dever de prevenção consiste no “dever do tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (...) consagra-se no convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados”. O dever de consulta consiste em que “o tribunal deve consultar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (...) é dever de caráter assistencial do tribunal perante as partes”. Por fim, conclui que o dever de auxílio consiste “no dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou no cumprimento de deveres processuais”.

Sobre o dever de esclarecimento, ele tem especial relevância para escolha da solução adequada ao caso. Ora, o dever de esclarecimento consiste no dever de o Tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas (DIDIER JUNIOR, 2012, p. 214).

No que concerne ao dever de prevenção vale genericamente para explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte (DIDIER JUNIOR, 2012, p. 216).

Essa transparência e franqueza de diálogo é algo muito importante para que as partes tenham ciência, em cada fase processual, dos possíveis / prováveis desfechos do processo, e especial quando da aplicação de conceitos juridicamente indeterminados.

Ao escutar e compreender a real intenção e dilemas das partes, ao juiz é vedado colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se.

As partes precisam informar as possíveis soluções encontradas na concretização dos termos indeterminados, se manifestando porque uma é melhor e mais adequada do que a outra; aí reside o real poder e garantia de influenciar, que significa, nas palavras de Antonio Cabral, “qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso” (CABRAL, 2010, p. 114).

Logo influenciar é mudar, é persuadir, é o exercício de um convencimento racional e fundamentado de que o exercício da discricionariedade de escolha de uma solução, revelada em um ambiente controlado e participativo da relação processual, foi a melhor para aquele caso concreto e, por consequência, legítima e aderente.

A propósito, no novo Código de Processo Civil, constam dispositivos que implicarão expressa assimilação pelo direito positivo do princípio da cooperação, nas suas quatro facetas acima expostas²¹.

Com esta mentalidade enraizada, a prática processual poderá revelar-se ao aplicador como instrumento de obtenção de decisões, que privilegia a participação, o diálogo, o debate entre os intervenientes processuais, de modo que a decisão do juiz seja espelho de uma reflexão, compartilhada por todos, para que o referido ato de criação, existente em maior ou

²¹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

menor escala, resulte de um debate franco e aberto entre todos, sem surpresas, cujos resultados serão legítimos e, por consequencia, aceitos pelo jurisdicionado.

6 CONCLUSÃO

Todo o esforço apreendido neste trabalho tem finalidade de estabelecer critérios para evitar os excessos do (inevitável) poder discricionário do juiz na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. São, como dito e redito acima, sugestões de testes de verificação e controlabilidade das soluções adotadas, na intenção de estabelecer certa coerência e ordenação no sistema jurídico de resolução de conflitos, na aplicação de normas de textura aberta.

É muito importante ter uma noção de sistema, pois em uma sociedade complexa e multicultural como a brasileira, só é possível pensar em sistema jurídico como um sistema aberto e fragmentário que frequentemente supera sua estrutura estática, imprimindo dinamicidade ao sistema que se propõe a regular a ordem social.

Nesse sentido, expõe Larenz (1997, p. 592) que

o sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações de legislação, seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do direito ou modificações na jurisprudência.

Canaris (1996, p. 13) também avalia a ideia de “sistema jurídico” e o papel que tal sistema pode desempenhar na ciência do Direito. Ao avaliar o conceito de sistema jurídico, o professor alemão entende que a ordenação e a unidade são características básicas e indispensáveis do conceito deste tipo de sistema. Ordenação e unidade são pressupostos “teórico-científicos e hermenêuticos” do sistema jurídico. Segundo o autor, a ordenação no sistema jurídico pretende “expressar um estado de coisas intrínseco-racionalmente apreensíveis, isto é, fundado na realidade” e a unidade “modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multiplicidade de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”.

Com efeito, pensar o Direito como ciência racional é imprescindível para compreender que é possível resolver o complexo problema da discricionariedade dentro de uma visão sistemática do ordenamento. Como todo sistema racional, existem alguns postulados que o fundamentam: ordenação e unidade.

Uma maneira adequada de se proceder na busca da ordem e unidade é “garantir a ausência de contradições da ordem jurídica”. Isso porque o princípio da igualdade representa a tendência generalizadora da justiça que pode ser apreendido no fato de que, por mais que existam vários valores e soluções concorrentes e desconectadas entre si, é possível pensar em uma ordenação pela utilização de critérios, relativamente pouco numerosos, garantindo-se a efetividade da unidade do conceito de sistema (CANARIS, 1996, p. 20).

Ao lado da igualdade, outro pilar para a constituição de um sistema coerente e sistemático é a segurança jurídica que aparece como a característica que pressiona de todas as formas (seja através da determinabilidade e previsibilidade do Direito, da estabilidade ou continuidade da legislação e da jurisprudência). Isso porque afasta a existência de um Direito possuidor de uma infinidade de normas singulares e desconexas, prontas a todo o tempo para entrar em contradição umas com as outras.

O que se percebe nesta demonstração é que o pensamento sistemático defendido por Canaris, justifica-se pelos mais importantes princípios do Direito. A ideia de sistema jurídico coerente se ratifica em um conjunto de valores jurídicos mais elevados, e uma ordem axiológica ou teleológica. E para perceber isso é necessário olhar além das decisões de conflitos e dos valores singulares.

O professor Canaris (1996, p. 77) leciona que

Deve-se avançar até os princípios de uma ordem jurídica; trata-se de apurar, por detrás da lei e da ratio legis, a ratio iuris determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se de seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada ‘conexão orgânica’ e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna possível.

Portanto, por mais complexo e aberto que seja o funcionamento do sistema do Direito, ele é sempre dinâmico e, por mais que existam situações limítrofes (*hard cases*), o ordenamento jurídico é um sistema, e por isso possui uma coerência, uma ordem racionalmente compreensível, que se reúne frente à força aglutinadora de um número de parâmetros para aplicação.

A busca pela coerência e ausência de contradições do sistema refletem uma necessidade de respeito à segurança jurídica. É indispensável que o sistema seja coerente justamente para que possa haver previsibilidade nas soluções. Foi exatamente nesse espírito de aproximação com o valor segurança, que se escolheu positivismo jurídico, enquanto

referencial teórico para enfrentamento do tema da discricionariedade judicial e normas de textura aberta.

Como afirma Barzotto (2007, p. 126), “para realizar o valor da segurança, nas suas dimensões de certeza e previsibilidade, os positivistas assumiram a tarefa de construir um conceito de direito que fosse imune à incerteza derivada do pluralismo axiológico e da imprevisibilidade gerada pelo arbítrio estatal”. Portanto, para efeito deste trabalho, pode-se afirmar que o positivismo oferece bases teóricas importantes para responder os problemas iniciais da pesquisa.

Com efeito, atento à noção sistemática e coerente do direito e à luz dos preceitos que se podem subsumir do Novo Código de Processo Civil, algumas reflexões e conclusões podem ser anotadas, após o estudo aqui desenvolvido:

1. Ao trazer a previsão expressa do dever de fundamentação das decisões judiciais que utilizem os conceitos jurídicos indeterminados, o novo Código está reconhecendo que é possível controlar o excesso de subjetividade do juiz.
2. O problema das cláusulas abertas é um problema de indeterminação do direito, que vai aflorar no subsistema processual. Portanto a indeterminação é um problema de elucidação do texto normativo e dos seus sentidos.
3. Adotaram-se, neste trabalho, padrões e técnicas para elucidação de um sentido do conceito jurídico indeterminado, enquanto ferramenta para prática processual.
4. Depois de exposto o significado e bases teóricas do “conceito jurídico indeterminado”, a melhor forma de “explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” é informar na decisão judicial os motivos da indeterminação do texto aberto, e isso se perfaz por meio da exposição de quais as possíveis soluções alegadas pelas partes e reveladas no processo, em procedimento contraditório.
5. Trata-se de espécie chamada de “indeterminação casuística” ou “vagueza pragmática”, as quais representam aquela espécie de indeterminação que se verifica por exclusiva decorrência da situação fática que se apresenta.
6. A técnica interpretativa pode levar a mais de uma solução juridicamente possível, isto é, a uma pluralidade de soluções possíveis. A indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de identificar a única ou parte do significado, por meio da interpretação, diante do caso concreto.

7. A ideia de que existe apenas uma solução possível para o caso concreto nem sempre é aferível pelo processo interpretativo. A prática demonstra que nem sempre existe a presença de uma única situação possível de ser abraçada num só golpe de vista, tanto para distinção entre os fatos da vida social que mereçam sanção pública, como para que se determinem as condições, a natureza e os efeitos dessa sanção.
8. A interpretação é o método para revelar as soluções possíveis no preenchimento dos conceitos vagos. A interpretação jurídica somente funciona através de atos de vontade. Isto é, pela interpretação, o aplicador procura e conhece o significado da norma – que na maioria das vezes é feito de forma subjetiva – e na aplicação nada mais faz do que inserir no caso concreto o significado que extraiu através da sua tarefa interpretativa.
9. A interpretação, portanto, é responsável pela escolha de uma das possibilidades que se inserem na moldura do direito.
10. Após o processo interpretativo e deparando-se o aplicador com mais de uma solução para o caso concreto, esta escolha é discricionária. A discricionariedade começa onde acaba a interpretação.
11. Portanto, adotando-se o viés positivista de Kelsen e Hart, a discricionariedade judicial existe e é uma prolongação da interpretação, pois é a própria norma que dá ao juiz a responsabilidade de preencher seu conteúdo. A discricionariedade é o uso adequado da interpretação que concretiza o conceito indeterminado, através da escolha de uma solução viável, plausível e juridicamente sustentável no caso concreto.
12. Apesar de ter o juiz discricionariedade judicial para escolher entre as soluções possíveis reveladas no caso concreto, é possível sugerir padrões e instrumentos para auxiliá-lo no processo de escolha das soluções, justamente para reduzir o espaço de decisionismo e solipsismo.
13. Se a discricionariedade consiste na possibilidade de escolha de uma entre as várias interpretações possíveis, compete averiguar se a escolha é adequada e correta, adotando-se alguns parâmetros objetivos; sugestões de critérios, sem pretensão de esgotamento para guiar o juiz no preenchimento da norma vaga.
 - a) O primeiro deles é o texto normativo. O aplicador do direito não pode ignorar o texto expresso da lei, deixando de aplicar a lei apenas aos casos que declarar sua inconstitucionalidade. A utilização do método dedutivo é muito importante para esta primeira tarefa.
 - b) O segundo é a análise dos precedentes e orientação prospectiva. Deve-se verificar as decisões anteriores sobre a aplicação do “conceito jurídico indeterminado” em

análise. Se já houver outras decisões, sobretudo de Tribunais Superiores que apontam para uma das soluções, deve o julgador segui-la, para garantir a isonomia e segurança jurídica.

Igualmente, ao se deparar com as soluções possíveis, o julgador deve se preocupar com a orientação prospectiva em casos futuros. Ou seja, deve ponderar as soluções do seu caso pensando se ela poderá ser aplicada nos próximos casos relativos a questões idênticas ou similares, se sua decisão guiará e servirá de norte para casos futuros.

Uma das técnicas de utilização dos precedentes sugerida é o método de grupo de casos, que é a aglutinação de casos semelhantes julgados acerca dos “conceitos jurídicos indeterminados”. Verificando que existe identidade fático-normativa, poderá o órgão aproveitar as razões utilizadas e manter unidade na aplicação do direito.

- c) O quarto ponto de partida é a coerência da orientação doutrinária adotada na decisão, de modo claro e transparente, pelo juiz. O juiz precisa ter honestidade intelectual para informar seu referencial teórico na escolha da solução adotada, de modo que seja possível, inclusive, apontar eventuais incoerências e contradições teóricas no raciocínio jurídico adotado.

Igualmente, é necessário que os magistrados se utilizem da interpretação doutrinária, reaproximando magistratura e academia, que é uma instância que permite testar hipóteses, pesquisar melhores soluções, além de representar a expansão de cultura e educação.

- d) O quinto, e último parâmetro, é a cooperação processual, em que poderá o juiz dialogar com as partes para tirar suas dúvidas na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados e sobre as soluções possíveis reveladas no caso concreto. Poderá esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar partes para pensar soluções alternativas, apontar zonas de incerteza, confirmar juízos negativos e positivos sobre o alcance do conceito, esclarecer sobre consequências danosas, questionar medidas impertinentes ou ineficazes, enfim, usar do contraditório substancial como padrão técnico operacional de julgamento.

Certo de que os parâmetros estudados não têm a pretensão de esgotar o tema, acredita-se que auxiliam o operador do direito a fundamentar as decisões que se utilizarem de conceitos jurídicos indeterminados.

Tais critérios poderão trazer alguma previsibilidade de como os termos vagos estarão sendo preenchidos, o que diminuirá a incerteza, insegurança jurídica e excesso de subjetivismo.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-188, 2004.
- ASSIS, Arnaldo Camanho de. Reflexões sobre o novo código de processo civil. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, v. 106, n. 1, p. 14-33, 2015.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de direito processual. 2.^a Série. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2003. v. 2
- BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BENTHAM, Jeremy. Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be (1792). In BOWRING, John (Ed.). *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: Tait; London: Simpkin, Marshall; 1843. p. 231-237. v.5. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/tools/bentham_online_texts/Ashhurst.rtf>. Acesso em: 07.03.2015.
- BERNATZIK apud MELLO, Celso Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. O processo civil participativo – a efetividade constitucional e o projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 205/20012, p. 333-345, mar., 2012. DTR\2012\2319.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade 'prima facie' dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: S. Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1992.

CARDOSO, Sílvia Helena Barbi. *Discurso e ensino*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica / FALE-UFMG, 2005.

CARPENA, Marcio Louzada. Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas. In: ACADEMIA Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Márcio Louzada Carpena\(7\) formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Márcio%20Louzada%20Carpena(7).formatado.pdf)> Acesso em 18.07.2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 209, p. 349-374, jul / 2012, DTR\2012\44851.

DAWSON, John P. The general clauses viewed from a distance. *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr, v, 41, cad. 3, 1977. p. 441-456. p. 454/455. Article Stable url: <http://www.jstor.org/stable/27876116>

DELGADO, Carine. A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário. *Fórum Administrativo, Direito Público*. Belo Horizonte: FA, v. 3, n. 34, p. 3216-3231, dez 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010a.

_____. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2010b. v. 2, p. 257-264.

_____. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2015. p. 5-7

_____. Os três modelos de direito processual. In DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Clauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 214.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ENDICOTT, Timothy A. O. *Vaguenesse in law*. New York: Oxford University press, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, póspositivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do processo. *Revista Ética e Filosofia Política da Universidade Federal de Juiz de Fora*, v. 2, n. 15, dez., 2012. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2015.

FARIA, Eliana Goulart Leão de. A linguagem do direito. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 1, p. 235 - 246, out., 2010. DTR\2012\1675.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. *Precedentes no Direito brasileiro: uma análise crítica sobre a utilização do distinguishing no Supremo Tribunal Federal*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará, Pará, 2013.

GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GOES, Alexandre. *O poder geral de efetivação das decisões judiciais e sua cláusula geral*. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. *Repro*, v. 206, n. 37, p. 125, abr. 2012.

GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 172/2009, p. 32-53, Jun / 2009, DTR\2009\339.

_____. O projeto do novo código de processo civil brasileiro (nccp) e o princípio da cooperação intersubjetiva. In DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coord.). *O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 471/487. 2ª série.

GUERRA, Marcelo Lima. Norma, texto e a metáfora da moldura em Kelsen, *Revista dos Tribunais*, v. 853, | p. 77, nov., 2006.

HART, H. L. A., *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pós escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Os Direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 227/2014, p. 335-359, Jan / 2014, DTR\2013\12498.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 33-78, anual 2004.

_____. *Discricionariedade e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de José Lamego.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS, 2006.

LEITE, Roberto Basilone. O direito dos tribunais: papel, importância social e limites em face do princípio da independência do juiz. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 66, n. 1, p. 25, jan. 2002.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o formalismo valorativo e suas influências no novo CPC. *EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 74-107, out.-dez. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2.ed. rev. e atual. Tradução de Bruno Miragem. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCIAN, Juliana Balbinot. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 334, 6 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5299>>. Acesso em: 04 out. 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm 2015.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da Jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 526-578.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 533-588. v. 2.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 211-226.

_____. O precedentes na dimensão da igualdade jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 227-248.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELLO, Celso Bandeira de. *Discrecionariiedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Clauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 35-64.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 9, abr., 2004.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 217-242, anual 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discrecionariiedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionariiedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discrecionariiedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Clauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 525/546.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 285-328, 2004.

_____. *Direito administrativo em perspectiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, publicado na Academia Brasileira de Direito Processual. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos_A_A_de_Oliveira_\(8\)_-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos_A_A_de_Oliveira_(8)_-formatado.pdf). Acesso em: 31.07.2012

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 129-148.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010.

PINHEIRO FILHO, Pedro Bentes. *Humanização do processo civil: redimensão instrumental da oralidade e acesso à justiça*. 2003. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará, Belém.

PINHEIRO NETO, Pedro Bentes; BONNA, Alexandre. Repercussão geral e orientação prospectiva nos julgamentos do STF. *Revista de Processo*, v. 237/2014, p. 197, nov., 2014. DTR\2014\17942.

POLICHUK, Renata. Precedente e Segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 77-90.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REBOUL, Olivier. *Introdução ao estudo da retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REINHARD, Greger. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. *Repro 206*, v. 37, n. 206, p. 125, abr. 2012.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*. v. 232/2014, p. 13-35, Jun / 2014, DTR\2014\2179.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O poder judiciário no Brasil. *Cadernos Adenauer III*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 13-54, fev. 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, J. R.; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SADDY, A. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura, uma realidade inquestionável. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010b. p. 427-456. v. 2.

SANTOS FILHO, José Carvalho dos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 3-36.

SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUZA, Artur César de. O princípio da cooperação no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 225/2013, p. 65 – 80, nov / 2013, DTR\2013\10263.

STRECK, Lênio. *Hermêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio?. *Revista de Processo*, v. 213/2012. p. 13. nov, 2012. DTR\2012\450785.

_____. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 04 out. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *apud* DELGADO, Carine. A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário. *Fórum Administrativo. Direito Público*. FA, Belo Horizonte, v. 3, n. 34, p. 3216-3231, dez 2003.

TALAMINE, Danielle. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARUFFO, Michelle. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michelle. *La motivazione dela sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. São Paulo: Forense, 2003. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZARDO FILHO, Ricardo Leão de Souza. Precedentes reguladores: uma afronta à separação de poderes e à independência judicial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 91-102.