FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISABELA FRACALOSSI AFONSO

CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE E DO ATIVISMO JUDICIAL E OS IMPACTOS NA CRISE INSTITUCIONAL

ARACRUZ
2020

ISABELA FRACALOSSI AFONSO

CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE E DO ATIVISMO JUDICIAL E OS IMPACTOS NA CRISE INSTITUCIONAL

Trabalho apresentado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito necessário ao desenvolvimento do Trabalho de Conclusão de Curso.

ARACRUZ

2020

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ (FAACZ)

CURSO: DIREITO

Autorização: Decreto nº. 97.770 de 22/05/1989

Reconhecimento: Portaria nº. 207 de 07/02/1994

Renovado o Reconhecimento pela Portaria nº 110, de 25/06/2012 (publicado em 28/06/2012).

Isabela Fracalossi Afonso

CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE E DO ATIVISMO JUDICIAL E OS IMPACTOS NA CRISE INSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Professor Orientador: Diego Crevelin de Souza

_____

Professor (a) Msc.: Eduardo Silva Bitti

_____

Professor (a) Msc.: Flávia Spinassé Frigini

Aracruz/ES, 29 de Outubro de 2020.

RESUMO

O objetivo desse trabalho é analisar as cláusulas gerais e os conceitos jurídico indeterminados, buscando-se os seus fundamentos e finalidade, de modo a demonstrar o porquê o uso constante desses institutos podem influenciar no crescimento do fenômeno jurídico do ativismo judicial, mostrando também que tal prática pode sorrateiramente invadir a competência funcional do Poder Legislativo, de modo a gerar uma série de consequências, como por exemplo, a violação ao princípio da segurança jurídica e da separação dos poderes, e, consequente crise institucional. O estudo à respeito do tema se faz importante e necessário, tendo em vista aumento do debate envolvendo o ativismo judicial, bem como a relevância de se falar sobre possíveis motivos que podem acarretar a indesejada crise institucional. O trabalho sob enfoque será desenvolvido por intermédio de pesquisas bibliográficas e documentais, que consistirá, via de consequência, na análise e coleta de dados da legislação, doutrina brasileira e estrangeira.

Palavras-chave: cláusulas gerais – conceitos jurídicos indeterminados – discricionariedade – ativismo judicial – separação de poderes - democracia

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the general clauses and the indeterminate legal concepts, looking for their foundations and purpose, in order to demonstrate why the constant use of these institutes can influence the growth of the legal phenomenon of judicial activism, also showing that such practice can sneak into the functional competence of the Legislative Power, in order to generate a series of consequences, such as, for example, the violation of the principle of legal security and the separation of powers, and, consequently, institutional crisis. The study on the subject is important and necessary, in view of the increase in the debate involving judicial activism, as well as the relevance of talking about possible reasons that may lead to the unwanted institutional crisis. The work under focus will be developed through bibliographic and documentary research, which will consist, as a consequence, in the analysis and data collection of Brazilian and foreign legislation, doctrine.

Keywords: general clauses - indeterminate legal concepts - discretion - judicial activism - separation of powers - democracy

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 06
2.DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS..... 08
2.1 ORIGEM E CONTEXTO HISTÓRICO..... 08
2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS..... 12
3. A CONCESSÃO DE PODERES GENÉRICOS AO JUIZ: AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE E DO ATIVISMO JUDICIAL..... 16
3.1 A DISCRICIONARIEDADE..... 18
3.1.1 Discricionariedade I: descrição..... 18
3.1.2 Discricionariedade II: problemas..... 22
3.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO REPUBLICANO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL..... 23
3.2.1 Princípio republicano da separação dos poderes: descrição..... 23
3.2.2 Ativismo Judicial I: descrição..... 26
3.2.3 Violação ao princípio da separação dos poderes e ativismo judicial: problemas..... 27
4. RAMOS DO DIREITO E SEU GRAU DE COMPATIBILIDADE COM OS TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 39
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS..... 39
4.2 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO PENAL..... 40
4.3 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO..... 44
4.4 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO..... 47
4.5 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO PROCESSUAL..... 53
4.6 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO CIVIL..... 57
5. CONCLUSÃO..... 62
REFERÊNCIAS..... 65

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre as normas aberta ou vagas e sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas implicações.

Tem sido cada vez mais comum, na atualidade, o legislador empregar na letra da lei as chamadas normas abertas, ou vagas, ou, ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, fazendo parte desse tipo de norma as conhecidas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Esses tipos normativos concedem poderes genéricos aos juízes e dão margem ao aplicador do direito para interpretá-las e adaptá-las ao caso concreto, exercendo um verdadeiro poder criativo ao emitir os enunciados em suas decisões

Contudo, surgem as seguintes indagações: a) ao criar demasiadamente tipos normativos com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais estaria o poder legislativo aumentando desproporcionalmente o poder discricionário e criativo do juiz, contribuído dessa forma para o aumento também do fenômeno do ativismo judicial? b) estaria o poder legislativo transferindo sua função típica para o poder judiciário, especificamente, para o aplicador das normas? c) se sim, haveria então um atentado contra o princípio republicano da separação dos poderes? d) isso acarretaria uma crise institucional? e) quais seriam os impactos.

A presente pesquisa se justifica no atual cenário jurídico, tendo em vista o aumento do debate envolvendo o ativismo judicial, bem como a relevância de se falar sobre possíveis motivos que podem acarretar a indesejada crise institucional, tendo em vista que o uso constante de tipos normativos abertos e vagos pelos juízes podem influenciar no crescimento desse fenômeno jurídico.

Além disso, no processo de aplicação desses tipos normativos e com base em sua conduta proativa, o Poder Judiciário, sorrateiramente, pode invadir a competência funcional típica do Poder Legislativo, de modo a gerar uma série de consequências, sendo uma delas, a violação do princípio da separação dos poderes.

Desse modo, objetiva-se com a presente pesquisa, de um modo geral, identificar e apontar que o uso constante das normas abertas e vagas podem gerar os problemas citados acima. Para isso, primeiramente, irá ser analisado qual o fundamento das Cláusula Gerais e dos Conceitos Jurídicos Indeterminados, buscando, respectivamente, a sua origem, o seu conceito e sua finalidade no ordenamento jurídico.

Após, busca-se responder de fato se o uso constante de tais institutos pode abrir margem para a discricionariedade do juiz e o aumento do ativismo judicial, bem como saber se ao solucionar conflitos por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados o juiz estaria adentrando na esfera da função típica do legislativo, isto é, criando normas. Consequentemente, a depender da conclusão da problemática apontada, averiguar se tal interferência ocasionaria um atentado contra o princípio republicano da separação dos poderes.

Por fim, tendo em vista o aumento das normas gerais e abstratas em nosso cenário jurídico, objetiva-se também destacar que podem existir ramos do direito mais compatíveis com essa técnica legislativa do que outros, em maior ou menor grau, a depender de como determinado ramo do direito se relaciona com o princípio da estrita legalidade, observando se há naquele ramo uma abertura para uma maior ou menor relativização do mesmo.

Resumindo, a pesquisa se concentra em identificar possíveis problemas advindos do constante uso de tipos normativos gerais e abstratos na fundamentação de decisões judiciais e analisar através de julgados os problemas identificados no decorrer do texto.

Nesse sentido, o estudo a respeito do tema se faz importante e necessário, tendo em vista a necessidade de se apontar e denunciar os problemas advindos do grande aumento das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico brasileiro e a partir daí avançar futuramente, em uma outra ocasião, na possibilidade de reunir condições para encontrar possíveis soluções a respeito problema já mencionado.

2. DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1 ORIGEM E CONTEXTO HISTÓRICO

A aplicação do direito na realidade fática sempre foi objeto de inúmeras discursões doutrinárias tendo em vista a complexidade que esta ciência possui por si só, bem como a sua relação com as demais áreas de outras ciências.

De tempos em tempos a forma como o direito deveria ser aplicado foi sendo modificado de acordo com o pensamento ideológico que imperava à época.

No tempo do Iluminismo, surgido em meados do século XVII e desenvolvido e principalmente no século XVIII, foi estabelecido na área do Direito a ideia de que a lei deveria ser absolutamente clara e precisa, buscando-se segurança jurídica, por meio de normas rigorosamente elaboradas, pelas quais não se teria ambiguidades e imprecisões às decisões judiciais e administrativas[1] (ENGISCH, 2001, p. 206).

Resumidamente, para buscar o ideal acima colocado, os códigos jurídicos eram manifestações de um sistema do tipo fechado, sendo as regras ali criadas resultado de uma construção lógico-formal que não leva em conta o conteúdo presente na norma. De modo geral, reinava no tempo do Iluminismo, inspirado por um espírito racionalista, a adoração da lei.

Desse modo, o aplicador do direito era proibido de realizar qualquer tipo de interpretação ou comentários a lei. Ou seja, a sua função era apenas, estritamente, o de aplicar a norma dentro da legalidade.

Havia naquele tempo a preponderância do Poder Legislativo sobre os demais poderes, isto é, o Judiciário e o Executivo. Tanto é que, inclusive, foi criado em diversos países, como por exemplo, a França, Itália e Portugal, uma corte de cassação situado na estrutura do Poder Legislativo cuja função consistia justamente na limitação do poder judiciário mediante a cassação de decisões porventura proferidas em desacordo com a intenção do legislativo, mediante o exercício de interpretação do juiz, protegendo-se, desta feita, a supremacia da lei (VIEIRA, p. 54/55, 2018).[2]

---

[1] ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 206.
[2] VIEIRA, Artur Diego Amorim. Sistema brasileiro de pronunciamentos judiciais vinculantes: justificativas, requisitos e instrumentos processuais. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://portaladm.estacio.br/media/3733097/artur-diego-amorim-vieira.pdf>.

Com o passar do tempo, a ideia da estrita vinculação do juiz à lei foi perdendo força, tendo em vista a impossibilidade de elaborar leis com tanto rigor metodológico que previsse todos os problemas futuros de uma sociedade.

A partir da segunda metade do século XX, após significativas mudanças da sociedade em decorrência de importantes acontecimentos históricos, como por exemplo a I Guerra Mundial, a ideia e o conceito de um sistema jurídico do tipo aberto retorna.

Isso porque, naquele tempo, imperava na Alemanha uma hiperinflação descontrolada que atingia toda a estabilidade da sociedade daquela época. Devido a esta crise, os contratos sofreram efeitos imediatos e o Poder Judiciário logo foi chamado para intervir nas relações contratuais com intuito de equilibrá-las[3].

Vem à tona uma corrente doutrinária que atribui maior relevância aos fins, valores morais, interesses da sociedade/coletividade quando da interpretação e aplicação do direito. Passou-se a ser defendido uma ampla e irrestrita liberdade aos magistrados para atribuírem significados à lei. Estas concepções foram sustentadas pela jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores, na Alemanha.

Dessa forma, o direito não é mais ditado apenas pelo Legislativo. Ele passa a ser construído em conjunto com os juízes que atuam na sua complementação. A tarefa de interpretação pelos aplicadores do direito passa a ser tida como um procedimento lógico-argumentativo.

Convive agora, juntamente com direito positivado, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça e equidade. A partir daí, passa-se a criar leis com grandes níveis de generalidade e abstração, com indicações de valores, abandonando a aplicação do direito tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos.

As normas citadas no parágrafo acima são chamadas cláusulas gerais ou normas abertas/vagas, que segundo Judith Martins Costa[4] é:

> Gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo. Dentre as normas abertas aninham-se os princípios normativos, os conceitos indeterminados, as diretivas («normas-objetivo») e as cláusulas gerais. (2018, p. 133).

---

[3] MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 50/2004 | p. 9 – 35, 2004.

[4] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2018, p. 133.

Como dito, na metade do século XX, passou-se a adotar a técnica legislativa das respectivas normas abertas ou vagas, os quais fazem parte as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, onde são empregados enunciados normativos com o conteúdo propositalmente indeterminado e que tem o intuito de propiciar ao seu aplicador a condição de num caso concreto preenche-la mediante uma valoração adicional.

O emprego de tal técnica legislativa teve seu marco inicial, portanto na Alemanha, onde já imperava o movimento da Escola do Direito Livre, no qual a doutrina defendia a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, em que na pluralidade de significações da lei, o mesmo deveria exercer o seu poder legiferante para escolher a que lhe parecesse a mais justa, segundo expõe o autor Karl Larenz[5].

Sobre a Escola do Direito Livre Lênio Streck nos explica o seguinte:

> Fundada por Hermann Kantorowicz (1906, A Luta pela Ciência do Direito), essa doutrina defende — atenção! — para a época — a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas, mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como "o justo" (2015)[6].

Dando continuidade, com Código Civil Alemão, o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) -, foi criado as primeiras cláusulas gerais em três de seus parágrafos que ficaram conhecidos como "famous three". Os parágrafos eram o 138, 242 e 826 que basicamente autorizavam explicitamente o uso de ideias morais como a boa-fé e os bons costumes[7].

Cabe abrir um parêntese para informar que apesar das primeiras cláusulas gerais serem consideradas pela maioria dos autores nascidas no Código Civil Alemão (BGB), a figura da boa-fé objetiva já havia sido mencionadas nos códigos do Grão-Ducado de Baden (1810), da Renânia (1814), do Reino da Saxônia (1863), no projeto de Código Civil do Reino da Baviera (1861), no projeto de Dresden de uma Lei Geral das Obrigações para a Alemanha (1866), segundo menciona o autor Otavio Luiz

---

[5] LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed., Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78.

[6] STRECK, Lênio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei!. Revista Consultor Jurídico. 25 de junho de 2015. Disponível em : < https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>.

[7] MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 50/2004 | p. 9 – 35, 2004.

Rodrigues Junior[8](2019, p. 221), no entanto, foi só na Alemanha que a figura passou a ser mais explorada e desenvolvida, devido os motivos já citados.

Os três parágrafos mencionados passaram a reger o Direito das Obrigações, sobretudo o fenômeno contratual e passaram a ser de grande relevância para a jurisprudência alemã, tendo em vista que os juízes se baseavam neles para afastar o desiquilíbrio gerado em tantas relações contratuais advindos da crise econômico-social gerado pela hiperinflação do pós Primeira Guerra Mundial, também mencionada acima.

A título de curiosidade a norma do § 242, segundo nos traz a autora Judith Martins Costa, conforme tradução de Menezes Cordeiro, dizia o seguinte: "O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico"[9].

O autor Fabiano Menke (2004), afirma que o motivo pelo qual a Alemanha tenha aderido às cláusulas gerais tenha sido porque o princípio da separação dos poderes não vigoraria na sua plenitude no país já que o legislador do Código Civil Alemão ao optar pela adoção das normas abertas e vagas ocorreu um reconhecimento da insuficiência do diploma legal, bem como a necessidade de sua complementação pela ação dos magistrados[10].

Cabe mencionar que na época do nacional-socialismo as cláusulas gerais do BGB eram vistas com bons olhos pelos líderes deste regime, desde que os magistrados assimilassem a "boa-fé" e os "bons costumes" a ideologia dominante no momento.

Apesar dessas normas abertas e vagas terem, de certo modo, ajudado a acomodar a ideologia do nacional-socialismo, passado este tempo, após a II Guerra Mundial, as cláusulas gerais continuaram a ter destaque no ordenamento jurídico da Alemanha, sendo usadas como caminho de entrada para novos valores[11].

Este processo não foi diferente em outros países onde as cláusulas gerais foram inseridas em seus códigos, havendo uma verdadeira expansão dessa técnica legislativa de emprego de normas abertas e vagas nas codificações positivadas. O

---

[8] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. Direito Civil Contemporâneo. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 2019, p. 221.
[9] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2018, p. 135.
[10] MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 50/2004 | p. 9 – 35, 2004.
[11] Idem.

ordenamento jurídico brasileiro não restou imune e também adotou esta técnica legislativa, inicialmente como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.

2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Tendo dito o contexto histórico, a origem das cláusulas gerais em sentido amplo e suas peculiaridades gerais, passamos a análise do conceito e as características de duas espécies que serão o foco do desenvolvimento da presente pesquisa, quais sejam, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais em sentindo estrito.

Segundo Fredie Didier:

> Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. (2010, p.187).[12]

Uma forte característica das cláusulas gerais está nos valores ou princípios que ela carrega ou remete, conceituando do seguinte modo o Autor André Osório Gondinho:

> Deve-se entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carecida de preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, a cláusula geral não fornece critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, serem determinados apenas com a consideração do caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas “standing points” ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto. (2000, p.05)[13].

Já para a autora Judith Martins Costa, quem possui grande contribuição sob a matéria, declara o seguinte:

> Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo

---

[12] DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo. Vol. 187/2010 | p. 69 - 83 | Set / 2010, p. 187.

[13] GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil. v. 2, jan./mar. 2000, p.3-25, p. 05.

> pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressistematização destes elementos originariamente extras sistemáticos no interior do ordenamento jurídico. (2000, p. 303).[14]

Podemos perceber, a partir dos conceitos citados, que as cláusulas gerais constituem uma formulação da hipótese legal, que em decorrência de empregos de termos de grande generalidade e vagueza, abrange e submete ao tratamento jurídico um grande domínio de casos.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, há, do mesmo modo que as cláusulas gerais, uma intenção legislativa de através da vagueza das palavras utilizadas, obter normas com maior duração temporal e com maior incidência sobre um grande número de casos diversos. Entende-se por conceito jurídico indeterminado, de acordo com Karl Engisch (1996, p. 208), aquele cujo conteúdo e extensão são em larga escala incertos[15].

Conforme a autora já mencionada acima, Judith Martins Costa, estes conceitos se subdividem em duas espécies, quais sejam: (i) conceitos indeterminados que aludem a valores; e (ii) conceitos indeterminados que referenciam realidades fáticas.

Em relação aos conceitos indeterminados que referenciam realidades fáticas, estes são mais fáceis de distingui-los das cláusulas gerais uma vez que neles se empregam uma vagueza comum, preenchível com base nas regras comuns de experiência. Já os conceitos referentes a valores estes são os que mais se aproximam das cláusulas gerais, pois guardam características como vagueza semântica e reenvio a determinadas normas.

A autora diz, no entanto, que a diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados se dá no plano estrutural e funcional[16].

Isso porque os conceitos jurídicos indeterminados possui estrutura normativa completa no qual, mesmo empregando palavras semanticamente vagas, há na própria norma a hipótese legal e a consequência já predeterminada, diferente das cláusulas gerais em que a estrutura normativa se faz parcialmente em branco e o intérprete é quem irá completá-la adicionando a consequência devida por meio de reenvio a

---

[14] COSTA, Judith Martins. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303.
[15] ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
[16] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2018, 158.

modelos de comportamento de pautas de valoração que não estão descritos na própria norma, exercendo um maior esforço intelectivo.

Desse modo, uma mesma expressão vaga pode ser empregada tanto como uma cláusula geral ou quanto como um conceito jurídico indeterminado a depender da funcionalidade ao qual ela está revestida dentro do sistema jurídico.

A expressão “boa-fé” é um caso clássico em nosso ordenamento jurídico. A título de exemplo, o art. 1.260 do Código Civil Brasileiro, que diz “aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade” (BRASIL, 2002), ao empregar a expressão mencionada, nos traz um conceito legal indeterminado. Já no art. 422 do mesmo diploma legal, o qual prescreve que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002), estamos claramente diante de uma cláusula geral, conhecida como a boa-fé dos contratos.

No primeiro exemplo temos uma premissa que será valorada pelo intérprete, em uma tarefa hermenêutica, onde vai determinar o que, porventura, seria incompatível com a boa-fé. Após realizar tal tarefa o julgador irá apenas aplicar a consequência jurídica que já está expressa no texto legal, qual seja, o de adquirir a propriedade. Percebe-se que o labor nesta hipótese é mais reduzido.

No segundo exemplo, o juiz além de definir o que seria um comportamento segundo a boa-fé no ambiente contratual, também irá determinar os efeitos decorrentes de uma conduta que não se coaduna com o comportamento definido, ou seja, irá definir as consequências que pode advir da infração da norma.

Em outras palavras, o magistrado além de preencher o vácuo que corresponde a um conceito jurídico indeterminado, é compelido a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. Há aqui um maior esforço intelectivo pelo intérprete.

Como visto, nos dois casos há uma valoração realizada pelo juiz quando da interpretação das normas. Contudo, a estrutura do enunciado normativo é diferente, de modo que a atuação do magistrado no momento de aplicá-las também se dará de forma diferente.

Esta diferenciação é apresentada aqui apenas com o intuito de facilitar a compreensão das normas tidas como abertas e vagas. Conforme já declarado, o que irá de fato definir uma expressão abstrata, como cláusula geral ou conceito jurídico

indeterminado, é a função que ela possui no contexto do sistema positivo da qual decorre a aplicabilidade que lhe dará o julgador, isso é, quando realizada a interpretação a solução já está prevista em lei ou haverá uma construção de solução específica pelo próprio juiz.

Feita a análise sobre a origem, o contexto histórico, conceito e as principais características à respeito das chamadas cláusulas gerais, sendo a principal a autonomia concedida pelo legislador ao aplicador do Direito em face da lei, passaremos ao próximo capítulo o qual será abordado os problemas que essa concessão pode acarretar no sistema jurídico brasileiro.

3. A CONCESSÃO DE PODERES GENÉRICOS AO JUIZ: AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE E DO ATIVISMO JUDICIAL;

Como visto no capítulo anterior, as normas abertas e vagas, que possuem em sua estrutura as chamadas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, são normas onde o legislador concede ao julgador poderes para que ele profira uma decisão "justa" tomando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto.

Essa concessão ou delegação do poder conferida pelo legislador para o juiz a fim de que este último tome uma decisão que o primeiro não tomou, teve seu marco inicial dentro do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do Direito Privado, através do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e do Código Civil de 2002, apesar de já existirem normas desse tipo anteriormente, porém com menos incidência.

A fundamentação para o emprego dessas normas com conteúdo aberto e vago era que com elas o sistema jurídico seria dotado da mobilidade e abertura necessária para enfrentar as situações de constante transformações da sociedade moderna, conforme nos explica Judith Martins Costa que expõem:

> A abertura diz respeito ao ingresso no corpus legislativo de princípios, máximas de conduta, standards e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a <<adequação valorativa>> do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistematização). (2018, p. 174)[17].

A adoção dessa técnica legislativa traz consigo a elevação de importância atribuída à Jurisprudência dos Valores, onde o papel do aplicador do direito é encontrar e revelar os valores e interesses, bem como aplicar a justiça no caso concreto.

Vários são os exemplos das normas em apreço empregados no Código Civil de 2002, entre elas podem-se citar os seguintes dispositivos: Art. 421[18], que dispõem acerca da Função Social do Contrato, Art. 422[19] sobre a Boa-fé objetiva, Art. 186[20] e

---

[17] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2018, p. 174.

[18] (CC/02) "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato."

[19] (CC/02) "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"

[20] (CC/02) "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

187[21] ambos dispõem sobre ato ilícito, Art. 1208[22] que abarca sobre a posse e atos de mera permissão ou tolerância, dentre outros tantos que se encontra no diploma legal.

Apesar de ter início no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil e o Código de Defesa ao Consumidor, essa técnica legislativa de emprego de conceitos jurídicos indeterminado e cláusulas gerais abertas passou a ser utilizada em outros ramos do direito, tanto no âmbito do direito processual, como também no âmbito do direito material.

No âmbito do direito processual civil podemos citar o Art. 5º[23] que trata da boa-fé objetiva processual; Art. 6º[24] que aborda sobre a clausula geral da cooperação no andamento do processo; Outro artigo repleto de conceitos vagos e indeterminados é o 8º[25] que emprega termos como: “fins sociais”, “bem comum”, “dignidade da pessoa humana”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”. Além dos exemplos mencionados existem outros espalhados pelo Código de Processo Civil de 2015.

Como podemos observar, o que todas essas normas têm em comum é o emprego de palavras vagas e imprecisas que conferem ao juiz uma margem de liberdade quando da sua aplicação, como por exemplo, “bons costumes”, “boa-fé”, “perigo iminente”, “proporcionalidade”, “probidade”, “razoabilidade” etc.

Essas expressões vagas e imprecisas amplia o poder criativo dos juízes já que o significado dessas expressões terá que ser proferido pelo próprio julgador. Ou seja, há nesta situação um aumento muito grande da discricionariedade subjetiva do julgador autorizada por lei. E justamente por conta desse aumento de discricionariedade considerado maior que o normal é que se impõem uma responsabilidade e cuidado maiores ao aplicador do direito para que o mesmo não venha a emitir decisões com base no seu próprio senso de justiça, e,

---

[21] (CC/02) “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

[22] (CC/02) “Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.”

[23] (CPC/15) “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

[24] (CPC/15) “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

[25] (CPC/15) “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

consequentemente decisões consideradas ativistas porque não fundamentadas no Direito e na lei como impõem o Estado Democrático de Direito ao qual estamos submetidos.

Para uma melhor compreensão da problemática aqui colocada e rigor metodológico passamos a analisar separadamente a questão da discricionariedade e do ativismo judicial nos capítulos seguintes.

3.1 A DISCRICIONARIEDADE

3.1.1 Discricionariedade I: descrição

O tema da discricionariedade tem sido intensamente trabalhado no âmbito do Direito Administrativo, tendo em vista ter sido um instituto considerado originariamente desenvolvido e pertencente à seara deste ramo, conforme expõem Georges Abboud (2014, p. 313)[26].

Em termos gerais, a discricionariedade administrativa se configura como uma área em que é permitido à Administração Pública decidir ou determinar algo de forma livre e desvinculada, quando se encontra diante de uma multiplicidade de escolhas igualmente possíveis que o sistema normativo oferece, a que traduz maior conveniência e oportunidade para a coletividade, buscando sempre a melhor solução que atenda ao interesse público, segundo o autor José dos Santos Carvalho Filho (2020, p.54).[27]

Para o presente trabalho, no entanto, importa trazer as considerações acerca da discricionariedade judicial, que não traz exatamente o sentindo acima exposto, sendo eles fenômenos distintos, uma vez que juízes não fazem escolhas livres e suas decisões não são políticas como acontece no campo da Administração Pública, isso é, no campo do Poder Executivo.

Importa mencionar, inicialmente, que o instituto da discricionariedade judicial é assunto controvertido entre os autores do direito e segundo Lenio Streck, citado por

---

[26] ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.
[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2020, p. 54.

Geroges Abboud[28] (2014, p. 313), ganhou espaço com as teorias positivistas e pós-positivistas. Mas para fins metodológicos adota-se no presente trabalho, a ideia de discricionariedade judicial enquanto uma maior liberdade conferida ao juiz na interpretação de textos normativos com texturas semântica abertas e vagas.

Cabe porém trazer a informação, a título de conhecimento, de que discricionariedade foi grandemente debatida a partir da década de 1960 entre os juristas Ronald Dworkin e Herbert Hart com os chamados casos difíceis ou "hard cases" que são aqueles em que não se sabe ou não há certeza de que determinada norma se aplica, tendo em vista que ela se apresenta de modo vago ou ambíguo, de modo que ambos desenvolvem teorias diferentes para a resolução desses casos.

Em síntese, Hart defende que na área de textura aberta do direito deve ser realizado uma escolha a fim de se determinar a aplicabilidade ou não de determinada regra a um caso difícil, de modo que o julgador terá a discricionariedade de escolher entre as alternativas possíveis. Já Dworkin, ao contrário do primeiro autor, refuta a ideia de que o juiz possa agir como legislador, criando o direito, alegando ser inconcebível o poder discricionário, defendendo que existe apenas uma solução correta para a solução do caso. Explicando resumidamente sobre esse embate entre os dois juristas, Swarai Cervone de Oliveira declara:

> Para Hart, nos julgamentos onde o juiz se depare com normas de textura aberta, cuja interpretação se caracteriza por uma esfera de incerteza – oriunda da utilização de conceitos jurídicos indeterminados –, o julgamento será eivado de discricionariedade. Já para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, nas hipóteses de interpretação de normas de textura aberta, será possível ao juiz alcançar a resposta certa, lançando mão, para tanto, dos princípios. (2013, p. 138.) [29]

O debate entre os autores aqui citados vai muito além do que aqui expressado, tendo em vista a riqueza de conhecimento com que tratam suas respectivas teorias. Não cabe, no entanto, detalhá-las no presente trabalho uma vez que tal assunto é motivo para uma pesquisa autônoma e exclusiva.

Pois bem, como visto nos capítulos anteriores, os tipos normativos abertos, especificamente as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados necessitam de um preenchimento valorativo pelo seu aplicador, através de atos de

---

[28] ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.
[29] OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial. São Paulo. Ed. Atlas, 2013, p. 138.

valoração. E é justamente nesse preenchimento valorativo que reside a discricionariedade subjetiva aqui tratada, na medida em que o juiz tem o poder de determinar o sentindo da norma aberta dentro do caso concreto, se assemelhando à discricionariedade defendida por Hart. Nesse sentindo, explica a autora Aline de Miranda Valverde Terra

> Quando o Poder Legislativo não quer ou não pode determinar de forma objetiva o conteúdo do texto normativo, lança mão de cláusulas gerais, e transfere ao intérprete poder discricionário para fazê-lo em cotejo com o caso concreto; a razão de atribuição de maior poder discricionário ao intérprete das cláusulas gerais reside na conveniência de permitir que a norma se adapte às particularidades do caso concreto, imprevisíveis em abstrato. (2015, p. 370)[30]

Nota-se que no presente trabalho está se referindo à discricionariedade como norma e não como fato pois, no caso dos tipos normativos abertos, o próprio direito abre a possibilidade de uma escolha de sentindo entre várias alternativas possíveis levando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Há nesta hipótese um espaço de liberdade decisória conferida pela própria norma jurídica.

Assim, conforme exposto acima, adota-se como discricionariedade judicial aquela liberdade conferida pela própria norma ao juiz para que ele, diante de um caso concreto, preencha a norma à moldura dentro da qual se encontram várias possibilidades estabelecidas pelo Direito, realizando também escolhas de conteúdo que eliminem a imprecisão e a vagueza, valendo-se, para tanto, e simultaneamente, das interpretações lógica, sistemática e axiológica, guiando-se "por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso" (RAMOS, 2015, p.128)[31]

É importante ressaltar, no entanto, que admitir a discricionariedade judicial no preenchimento das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pode ser confundido, como muitas vezes acontece em nossos tribunais, com decidir de forma a aplicar as convicções pessoais e morais do juiz, sob o fundamento de estar sendo "justo", transformando-se em decisões totalmente arbitrárias e solipsistas, de formar totalmente contrária ao Estado Democrático de Direito, acarretando uma série de problemas, os quais serão abordados abaixo.

---

[30] TERRA, Aline Miranda Valverde. A Discricionariedade Judicial Na Metodologia Civil-Constitucional. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3 set/dez 2015, p. 370. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41141#:~:text=Ver%2Dse%2D%C3%A1%20que%20discricionariedade,respeito%20ao%20princ%C3%ADpio%20da%20legalidade.>.

[31] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015, p. 128.

3.1.2 Discricionariedade II: problemas

A partir do momento quando o poder legislativo permite que o juiz faça uso da discricionariedade subjetiva para julgar uma lide, ele permite, na realidade, a possibilidade de utilização de critérios que não são jurídicos para solucioná-lo, dando margem a arbitrariedades, o que pode ser muito preocupante na atualidade.

Conforme nos explica o autor Georges Abboud, uma das formas mais usual de identificação da discricionariedade subjetiva é a sua associação com o juízo de conveniência e oportunidade, no qual muitas das vezes as decisões são emitidas com base em enunciados performáticos que são aqueles em que não é possível afirmar se são verdadeiros ou falsos[32].

A partir do momento no qual se permite que o juiz emita decisões fundamentadas com base em juízos de conveniência e oportunidade, usando tipos de enunciados performáticos, não será possível avaliar tais decisões com o fim de averiguar se elas se encontram corretas ou não, juridicamente falando. Ou seja, não será possível avaliar se o aplicador das normas está respeitando as leis.

Explicando melhor, Georges Abboud expõem o seguinte:

> Se uma questão jurídica pode ser dirimida por conveniência e oportunidade, ela não pode ser submetida a um teste de validez qualitativo-jurídico e julgadores diferentes podem chegar a resultados "válidos", sem que se consiga discutir qual deles esteja correto, ou seja, sua correção não pode ser posta a prova. Ou ainda, ela não pode ser avaliada no que se refere a sua legalidade e constitucionalidade. (2016, p. 02)[33]

Cumpre mencionar que a discricionariedade tratada pelo autor Georges Abboud é entendida como arbitrariedade judicial, no qual o este juiz decide conforme sua própria consciência em cada caso concreto e não conforme o direito vigente.

No entanto, outros autores, principalmente os que seguem a linha ideológica do garantismo processual, diferenciam essas duas expressões, afirmando serem fenômenos distintos, onde a arbitrariedade ocorre quando a decisão recorre exclusivamente a critérios subjetivos e extrajurídicos e a discricionariedade quando se

---

[32] ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas câmara sobre penhora on-line. Revista de Processo. Vol. 251/2016,.
[33] Idem, p. 02.

estar a “falar daquelas hipóteses em que há um espaço de discussão mínimo, que permite ao juiz um inevitável grau de liberdade, justamente pelo fato de que o Direito não é “matemática””, segundo explica Diego Crevelin de Souza (2019)[34].

Apesar de serem fenômenos distintos para muitos autores, é perceptível que a discricionariedade, adotada aqui no sentindo de liberdade ou poder conferidos ao juiz para determinar o sentindo da norma aberta dentro do caso concreto, pode acarretar arbítrios.

Isso porque a partir do momento em que se admite o aumento da discricionariedade do magistrado, quando este se encontra diante de uma norma elaborada mediante a técnica da cláusula geral, no qual sua tarefa consistirá em completar a hipótese normativa e definir ou dimensionar a estatuição, e, assim, importará em verdadeira criação de direito novo, se admite também que a decisão possa ser dotada de subjetivismo, autoritarismo ou o que for conveniente no momento para o aplicador da norma, sendo usado em suas fundamentações enunciados performáticos, que estão cada vez mais comum dentro do direito, onde não há parâmetros jurídicos para avaliar se estão de acordo com o Estado Constitucional de Direito ou não. Desta forma, Georges Abboud afirma que:

> Admitir a inserção da discricionariedade para a solução de questões jurídicas constitui, ainda, enorme retrocesso em termos democráticos, pelo simples fato de que a discricionariedade confere um salvo conduto ao julgador e uma imunização da decisão que a contém, tornando impossível contrastar seu acerto ou desacerto, o que, em última instância, impede a aferição da sua própria constitucionalidade. (2014, p. 321)[35].

O poder discricionário dado pelo legislador ao julgador muitas vezes é visto por esse último como uma “carta branca” para ver prevalecer a sua vontade, afastando-se da principiologia constitucional e do direito vigente, o que desencadeia o fenômeno do ativismo judicial, o qual será melhor trabalhado abaixo.

Apesar das cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados serem criados atualmente com fundamente de dar uma maior mobilidade ao sistema jurídico e facilitar a introdução de valores constitucionais no caso concreto, não se pode

---

[34] SOUSA, Diego Crevelin de. Afinal, o que se deve compreender a respeito da discricionariedade judicial e do garantismo processual?. Empório do Direito. 10 agt. 2019. Disponível em: < https://emporiododireito.com.br/leitura/26-afinal-o-que-se-deve-compreender-a-respeito-da-discricionariedade-judicial-e-do-garantismo-processual>.

[35] ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 321.

admitir o seu uso para que juízes alcancem a decisão que quiser. É necessário estar atento para que não seja a vontade própria do juiz, mas sim o Direito vigente que incida no caso concreto.

Ora, os tipos normativos abertos certamente irão influir em uma maior discricionariedade do magistrado quando estiver diante de um caso concreto. Mas essa discricionariedade não pode ser uma discricionariedade subjetiva do juiz para ele alcançar a decisão que quiser. Isso seria arbitrário, e a arbitrariedade não se coaduna com o nosso ordenamento jurídico.

3.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO REPUBLICANO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL

3.2.1 Princípio republicano da separação dos poderes: descrição

É de conhecimento geral que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme se verifica em seu art. 1º que assim prescreve: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”[36].

Mas o que efetivamente significa ser um Estado Democrático de Direito? Primeiramente, o Estado é democrático porque conforme o artigo citado acima todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos democraticamente. Segundo, o Estado também é de Direito porque a lei (Constituição) passa a ser a forma de instrumentalizar a ação do Estado conforme o que se aponta no próprio texto constitucional, entendido no seu todo.

---

[36] (CRFB/88) Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Georges Abboud, de forma resumida, nos elenca 11 elementos essenciais que precisam estar presentes em um Estado para que ele seja considerado um Estado Democrático de Direito. São eles:

> 1) Constituição dotada de força normativa.
> 2) Separação dos Poderes.
> 3) Sufrágio universal.
> 4) Pluralismo político e ideológico.
> 5) Consagração dos princípios constitucionais, notadamente legalidade, dignidade da pessoa humana, devido processo legal e isonomia.
> 6) Positivação normativa dos direitos fundamentais e a vinculação substancial da sociedade e dos três Poderes em relação a eles.
> 7) Instrumentos postos ao cidadão para correção das omissões legislativas.
> 8) Instância contramajoritária de controle dos atos dos Poderes, em regra, exercida pela própria jurisdição constitucional.
> 9) Respeito ao pluralismo cultural, social e político.
> 10) Proteção das minorias.
> 11) Dever de fundamentação dos atos do Poder Público. (2017, p. 103[37]).

Como se observa, a separação dos poderes é um dos elementos essenciais que precisa estar presente em um Estado para ele ser considerado democrático e de Direito.

O princípio da separação dos poderes é elemento essencial e determinante para a própria noção de Constituição, tendo em vista que o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789 dizia que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”[38] e que conforme as concepção de John Locke e Montesquieu, em seus contornos gerais e ainda atuais, tem a ver com a limitação do poder mediante a divisão e racionalização das suas respectivas funções legislativas, administrativas e jurisdicionais. A respeito da doutrina atual sobre a separação dos poderes, André Ramos Tavares expõe que:

> A doutrina da separação dos poderes (...) serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. E é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes

---

[37] NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro: curso completo. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 103.

[38] DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

> e suas respectivas atribuições. Neste caso. Tem-se uma teoria da separação dos poderes como uma especifica teoria acerca do arranjo institucional desenhado em cada Estada pela respectiva Constituição. (TAVARES, p. 959)[39].

Tratando-se do Brasil, a nossa constituição consagrou expressamente o princípio da separação dos poderes no seu art. 2º, nos seguintes termos: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988)[40].

Cada um desses poderes, independentes e harmônicos, entre si formam o conhecido sistema de freios e contrapesos, exercendo cada uma de suas funções típicas, para os quais foram criados, e exercendo funções atípicas quando porventura for necessário. Ressalta-se que essas funções são todas previstas na própria Constituição Federal.

Sobre as funções típicas de cada um dos poderes Guilherme Peña de Moraes traz uma definição. Quanto à função legislativa ele expõe que:

> A legislação é definida como elaboração de regras jurídicas, com a descrição de uma situação de fato (antecedente) e a prescrição de uma conduta entre sujeitos, afetada por três modais deônticos, evidenciados pela obrigação, permissão ou proibição (consequente). (MORAES, p. 479)[41].

Quanto a função executiva ou administrativa ela é

> Delimitada como atividade preponderantemente executória, desempenhada por entidades políticas, administrativas ou delegatárias, por meio da gestão de recursos total ou parcialmente públicos, com o fim de salvaguardar o interesse legalmente cometido ao Estado. (MORAES, p. 481)[42].

Por fim, a respeito da função jurisdicional o autor a apresenta como:

> Atividade pelo qual o Estado resolve contenciosamente os litígios existentes na sociedade, substituindo-se aos titulares dos interesses em conflito, de forma definitiva e quando solicitado, seja afirmando a existência ou inexistência do direito material, seja o realizando praticamente, seja

---

[39] TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2019, p. 959.
[40] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
[41] MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2019, p. 479.
[42] Idem, p. 481.

> assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática. (MORAES, p. 483)[43].

Pois bem, feitas essas breves considerações sobre o princípio da separação dos poderes e suas funções típicas passamos a abordar um pouco sobre o fenômeno do ativismo judicial e posteriormente será dissertado sobre a legitimidade e a legalidade da utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelo Poder Judiciário, através do ponto de vista democrático.

3.2.2 Ativismo judicial: descrição

Em capítulos anteriores foi afirmado que os tipos normativos abertos, se usado de forma errônea podem auxiliar no crescimento do fenômeno do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Antes, porém, de se falar sobre como isso acontece, necessário informar o que se entende por ativismo judicial. Para o autor Elival Silva Ramos:

> Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (2015, p. 131)[44].

Georges Abboud expõem o conceito de ativismo como sendo:

> Toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida com legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo (Processo Constitucional Brasileiro, 2016, p. 710)[45].

Ainda sobre a discussão do que seria uma postura ativista, a autora Clarissa Tassinari nos diz o seguinte:

> Uma postura ativista deriva, por sua vez, de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam aparência de juridicidade. Esta noção

---

[43] MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2019, p. 483.
[44] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, p. 131.
[45] ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 710.

> de aplicação do direito mediante um ato de vontade pode ser encontrada na obra de Hans Kelsen ('Teoria Pura do Direito'), assim como a caracterização do ativismo por este enfoque pode ser extraída da obra de Antoine Garapon (que trata a decisão ativista como movida por desejos) como do posicionamento do autor norte-americano Christopher Wolfe (para quem, nos momentos mais intensos de interferência da Suprema Corte, abandonou-se o critério de julgamento, e a decisão judicial passou a ser uma questão de vontade). A partir disso, afirma-se dois importantes aspectos: primeiro, que o ativismo judicial aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico, isto é, cuja origem, à diferença da judicialização, não está condicionada a acontecimentos externos ao Direito; e, segundo, que, no fundo, o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos; (TASSINARI, Clarissa, p. 101)[46].

Como visto, todos os conceitos aqui apresentados entendem o ativismo judicial como um fenômeno em que o juiz decide com base em convicções pessoais e não com base no Direito, sendo um fenômeno onde o Poder Judiciário ultrapassa sua função típica, qual seja, a referente à interpretação e aplicação da lei, não se atentando ao aos seus limites, de modo que passa a invadir tanto a esfera legislativa quanto também a da Administração Pública.

Diante dos conceitos aqui expostos é evidente que esse fenômeno ativismo judicial é incompatível com o nosso Estado Democrático de Direito, pois ao judiciário não é permitido julgar conforme sua convicção pessoal, mas sim com base na legalidade vigente.

Realizada as considerações pelo o que se entende como ativismo judicial, passamos a analisar a sua relação com as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados e os problemas daí decorrentes.

3.2.3. Violação ao princípio da separação dos poderes e ativismo judicial: problemas

Conforme já exposto, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados dão uma margem muito maior ao poder criativo dos juízes de modo que estes, ao emitir os enunciados em suas decisões para o caso concreto, por meio do método de interpretação da concreção, estão na realidade criando um verdadeiro

---

[46] TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial – Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 101.

direito novo e inovador no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de enunciados normativos.

Percebe-se que o Poder Legislativos através da elaboração de normas abertas e vagas, transfere para o Poder Judiciário, de forma sorrateira a sua função típica, isso é, a função de legislar e criar direito.

E essa transferência de função fica ainda mais evidente na aplicação das cláusulas gerais em sentido estrito do que na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que, apesar de ambos tratarem de vagueza legislativa, na cláusula geral, além da necessidade de expor ao que o conceito se refere, também é preciso lhe atribuir a consequência jurídica respectiva.

Quanto aos poderes do juiz no preenchimento das cláusulas gerais Paulo Nalin nos diz que:

> O papel do magistrado diante e uma cláusula geral não é o de simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou de valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe "[...] concorrer ativamente para a formulação da norma", inclusive, para fins de estabelecimento das consequências jurídicas da sua violação, ou, em outras palavras, para dizer qual será a sanção mais adequada a ser imposta, quando menos a sua extensão ao caso concreto.[47]

Ora, ao Poder Legislativo foi dado a competência exclusiva, por meio do poder constituinte originário, de criar e editar leis, sendo isso uma das manifestações mais fortes da nossa democracia, já que o Legislativo detém a representatividade da maioria, e consequentemente, os seus atos refletem a vontade dessa maioria, isso é a vontade do povo.

No entanto, ao elaborar normas de conteúdos abstratos, vagos e imprecisos, o legislativo abdica dessa sua competência primordial e delega para o judiciário havendo, portanto, mesmo que de forma furtiva ou disfarçada, uma afronta ao princípio da separação dos poderes e uma violação a regra geral do sistema constitucional brasileiro vigente que é a "indelegabilidade das funções orgânicas do Estado, segundo o qual o poder titular da função típica, que o designa e o distingue, não pode transferi-la aos outros dois", segundo nos ensina NERY JUNIOR e ABBOUD (2017, p. 117-118)[48].

---

[47] NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l], dez. 2014. ISSB=N 2236-7284. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>.

[48] NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro: curso completo. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 117/118.

Sobre essa abdicação do Poder legislativo, Theodoro Júnior traz uma crítica relevante de ser pontuada onde ele entende, assim como colocado no presente trabalho, que legislar demasiadamente por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pode representar uma afronta ao Estado Democrático de Direito, afirmando-se que:

> O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a ideias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de valores (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável, e por isso mesmo, injustificável do legislador contemporâneo, deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social. (2005, p.4-5)[49].

A partir do momento que o Poder Judiciário acumula tanto o poder de julgar/aplicar a norma legal e o poder de legislar o Estado acaba por fugir do que foi estabelecido pela Democracia. Isso porque, conforme explica o autor mencionado acima, a Democracia só é efetivamente implantada quando de fato os três poderes chamados de soberanos são exercidos de forma independente e harmônicos entre si, como determina o art. 2º da CRFB/88, de modo que cada um respeite a função do outro sem que haja interferência entres eles, a não ser quando necessário e previsto expressamente na própria Constituição[50].

Como já dito, não é função do Judiciário criar ou editar normas, a ele cabe apenas interpretá-las e aplicá-las a partir de disposições normativas já estabelecidas pelo Poder Legislativo.

Concentrar as funções de legislar e aplicar a lei em um único poder fere demasiadamente o princípio da separação dos poderes e por consequência fere gravemente a nossa Democracia que ainda é tão recente, se comparado com outros países.

Além disso, a questão de o legislativo transferir de certo modo a sua função para o judiciário contribui significativamente para o crescimento do fenômeno do

---

[49] THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Belo Horizonte, 2005, p. 4-5. Disponível em: < http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf.>.

[50] Idem, p. 6

ativismo judicial, tendo em vista este último poder passa a expandir sua atividade jurisdicional pala além dos limites/competências impostos pela CFRB/88 acarretando no seu crescimento sobre os demais, quais sejam, o legislativo e o executivo e quebrando o equilíbrio que deveria existir entre eles.

No tempo do Iluminismo era o Poder Legislativo que imperava sobre os demais poderes. Atualmente, verifica-se nitidamente que isso mudou uma vez que quem prepondera hoje é o Poder Judiciário devido a sua valoração exagerada e a ampliação das suas esferas de atuação.

Esse agigantamento do Poder Judiciário em face dos demais, e ainda colaborado pelo próprio Poder Legislativo quando este delega sua função ao primeiro, se faz ainda mais preocupante porquanto não há controle político das decisões emitidas por ele já que antes as competências tradicionais do Judiciário eram restritas a aplicar a lei, e não a criá-las. Isso sem dúvidas traz impactos na atua crise institucional brasileira tendo em vista a confusão existente quanto aos limites dos três poderes instituídos.

Deve-se lembrar que a separação dos poderes é originariamente um instrumento de freio ao arbítrio estatal, de modo que o controle e fiscalização realizada nas funções uns dos outros tem o fim de se evitar a tirania, funcionando como verdadeiros campos gravitacionais da democracia.

Qualquer desequilíbrio entre os poderes pode gerar uma desordem social e um descompasso com o sistema democrático de direito estipulado originalmente pelo Estado, pois conforme salienta Waldron (2003, p. 109), citado por Jorge Octavio Lavocat Galvão (2014, p. 231).

> é na legislatura que nossos representantes discutem sobre a justiça; é na legislatura que discordamos sobre a justiça, onde temos segundos pensamentos sobre a justiça, onde revemos o nosso senso de justiça e nos atualizamos.[51]

.

Assim, tendo em vista o deslocamento da função típica do Legislativo para o Judiciário, quando o primeiro delega ao segundo a competência de criar o direito, e

[51] GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014, p. 231.

daí ocorre um crescimento ainda maior do Poder Legislativo sobre os demais, temos claramente nesse caso uma desarmonia na própria estrutura estatal.

Ademais, quando magistrados se valem de clausulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, normas que precisam de preenchimento por meio da valoração, para decidir em casos concretos, muitas vezes os utilizam colocando a sua própria ideologia e senso de justiça, exercendo a sua função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, acarretando nesse sentindo mais uma vez num aumento do ativismo judicial.

Não há como falar sobre ativismo judicial sem abordar também sobre a separação dos poderes, uma vez que como visto, a partir dos conceitos expostos no trabalho, o ativismo se configura justamente quando o Poder Judiciário incorre na função típica constitucionalmente atribuída a outro poder, como bem assevera o autor Elival da Silva Ramos:

> Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, alias, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuí-das a outros Poderes (p. 119)[52]

A violação ao princípio da separação dos poderes também resta evidente com o aumento do ativismo judicial decorrente de decisões ativistas fundamentadas em normas abertas e vagas onde juízes dão a elas o sentido que bem entender, tendo em vista que este fenômeno contribui cada vez mais para a expansão do poder decisório desses juízes e, dessa maneira, também contribui para o agigantamento do Poder Judiciário sobre os demais.

Dando continuidade, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, que são normas semanticamente abertas por excelência e que

---

[52] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

precisam ser valoradas e completadas pelo interprete, são ótimas normas parar que o intérprete se aproveite delas com o fim de emitir decisões totalmente arbitrárias e ativistas, sob o pretexto de se estar julgando conforme a moral, os bons costumes e o justo, fundamentando tais decisões por meio de enunciados performáticos. No entanto, essas decisões não conseguem serem devidamente constrangidas, uma vez que nem sempre há parâmetros jurídicos para avaliar corretamente as decisões.

Explicando melhor, são criadas cadeias de decisões ativistas com base em argumentos que não são jurídicos, mas sim performáticos, e que por não serem devidamente constrangidos, no sentido de repreensão, passam a obter um falso ar de legalidade e a ser indevidamente legitimado. Temos nessa ocasião, um judiciário criando jurisprudência consolidada, que muitas vezes pode vir a ser sumulada, fundamentado em algo que nem jurídico era.

Cumpre abrir um parêntese para explicar que quanto a afirmação de que nem sempre há parâmetros jurídicos para a avaliação de decisões emitidas com fundamento em normas abertas e vagas se faz presente, pois embora exista cláusulas gerais com um conteúdo já bastante consolidado, como por exemplo a clausula da boa-fé objetiva que possui uma forte condensação dogmática, o qual supre significativamente o seu grau de indeterminação, existem outras no ordenamento jurídico brasileiro acerca das quais há nenhum ou pouco consenso significativo – tanto em relação à hipótese/antecedente quanto em relação ao consequente/tese, como por exemplos as novas cláusulas gerais no processo civil, tal como a da cooperação.

Não se está querendo dizer que toda norma que possui uma cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado pode desencadear sempre uma decisão eminentemente ativista. No entanto, é evidente que elas são mais propensas a facilitar o crescimento desse fenômeno e fazer com que se desenvolva com maior intensidade, tendo em vista a maior liberdade conferida ao julgador que irá valorá-las com elementos na maioria das vezes extrajudiciais.

Embora muitos autores brasileiros, como por exemplo Luis Roberto Barroso, entenda o ativismo judicial como sendo algo bom por proporcionar benefícios ao jurisdicionado, usando argumentos genéricos de que a atuação proativa de juízes pode promover transformações sociais, ajudando na construção de uma sociedade mais justa, reduzindo desigualdades sociais etc., esse fenômeno é prejudicial ao Estado Democrático de Direito, conforme já dito anteriormente e se explicará melhor abaixo.

Pois bem, a afirmação acima de que ativismo judicial é prejudicial ao Estado Democrático de Direito se dá porque decisões ativistas baseiam-se no subjetivismo do intérprete que faz uso do seu próprio senso de justiça e suas próprias convicções e valores morais. Acontece que num modelo decisório democrático, conforme exposto pelo doutrinador Georges Abboud, a decisão depende única e exclusivamente de parâmetros próprios da democracia constitucional, isso é, da Constituição, lei, jurisprudência, etc, que possui elementos jurídicos dotados de normatividade, e não de critérios subjetivos[53].

Quando a arbitrariedade entra em jogo perde-se a possibilidade de avaliar qualitivamente a decisão jurídica, como já mencionado acima, admitindo-se, portanto, uma infinidade de respostas para um mesmo caso jurídico analisado. Ora, já que a decisão vai partir do senso de justiça de cada juiz um mesmo caso jurídico será avaliado de formas diferentes conforme o fundamento extrajurídico de cada magistrado.

Dito tudo isso, depreende-se que sendo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados normas com alto grau de vagueza e imprecisão, é inquestionável que o seu frequente uso traz para o ordenamento jurídico brasileiro o aumento de decisões ativistas, já que o intérprete irá valorar a norma para buscar respostas para o caso concreto em preceitos extrajurídicos.

A criação desses tipos normativos faz com que os magistrados cada vez mais se utilizem deles para decidir conforme sua vontade. Isso tem sido cada vez mais comum porque não é de hoje que grande parte da doutrina brasileira e de praxe os tribunais vêm apostando num protagonismo judicial, colocando os juízes como o melhor meio para resolução de problemas da sociedade, como bem explica o autor Jorge Octavio Lavocat Galvão em sua obra intitulada como O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito[54], abrindo espaços cada vez mais largos para decidir do modo que mais achar conveniente conforme sua própria consciência.

No entanto, não se pode cair na armadilha de que existe o bom ou mau ativismo judicial. O ativismo judicial é totalmente contrário ao Estado Democrático de Direito, não importando se as consequências advindas dessa atuação ativista tenham sido

---

[53] ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas câmara sobre penhora on-line. Revista de Processo. Vol. 251/2016.
[54] GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014, p. 215.

boas ou ruins porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e não do direito propriamente dito.

Desta forma, o aumento constante de tipos normativos abertos, poderá, e, certamente irá fazer com que o fenômeno do ativismo judicial cresça ainda mais no Poder Judiciário Brasileiro.

Esse problema existe e é um fato no ordenamento jurídico brasileiro. A criação constante de normas baseadas em clausulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados geralmente transformam-se em subterfúgios para que juízes cometam arbitrariedades quando da emissão de decisões.

Tanto é assim que tal problema é reconhecido pelo próprio direito no âmbito da área Penal, Tributário e Administrativo Sancionador, os quais são áreas em que as normas abertas e vagas se encontram com menor intensidade, conforme se verá em capítulo oportuno.

Exemplificando, quando uma norma diz que deve os contratantes agirem de acordo com a “boa-fé” e os “bons costumes” ela não nos informa o que é agir conforme esses dois preceitos. O aplicador da norma quem irá determinar o que significa agir segundo os ditames da boa-fé e dos bons costumes. Por isso, uma mesma prática de determinada conduta exercida por um contratante pode ser considerada válida e de acordo com a norma citada por um magistrado, ou pode ser considera inválida e encontrar-se em desacordo com a mesma norma.

Dando prosseguimento, além do grave aumento do ativismo judicial proporcionado por normas de textura semânticas ambíguas e vagas, um outro grande problema que merece ser destacado advindo delas está na perda da segurança jurídica tanto almejada pelo direito brasileiro.

Com efeito, a partir do momento em que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados ampliam o poder criativo dos magistrados no julgamento de um caso concreto para que os mesmos realizem o seu preenchimento mediante uma valoração adicional, há ali também a ampliação de possibilidade de resultados diferentes disponíveis. Daí porque se diz que tais normas estão associadas à insegurança jurídica.

Como já mencionado, não existe conteúdo normativo em uma cláusula geral, o qual se contrapõe ao método da casuística e possui o mínimo de elementos descritivos, tendo em vista que, ao contrário desta última, não há na hipótese legal uma prevalência do elemento descritivo ou especificativo, ou seja, uma tipificação de

condutas no próprio texto legal. Os dispositivos que se utilizam as clausulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados são dispositivos que contém expressões que exigem uma determinação o qual será realizado pelo magistrado no caso concreto por meio de remissão a realidades valorativas, sendo expressões semanticamente abertas e muitas vezes com atribuições de valores, como por exemplo, boa-fé, bons costumes etc.

Acontece que não é difícil perceber que cada aplicador do direito possui sua própria visão de mundo, sua ideologia e seu próprio senso de justiça, que mesmo de forma inconsciente, pode vir no sustentáculo da fundamentação de um determinado caso decidido com base em cláusulas gerais.

Certo é, portanto, que admitindo que juízes decidam de forma totalmente subjetiva haverá decisões distinta para casos semelhantes, colocando em xeque a segurança e a isonomia jurídica, e garantindo uma imprevisibilidade cada vez maior das decisões judiciárias.

Não se pode perder de vista que a segurança jurídica é um princípio consagrado em nossa Constituição Federal onde em seu art. 5º já se afirma que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos a inviolabilidade do direito à segurança.

Sobre a conceituação de segurança jurídica Humberto Ávila diz que a mesma é:

> Uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustação, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (ÁVILA, 2016, p.286)[55].

Como dito pelo autor acima mencionado o princípio da segurança jurídica requer que os atos advindos dos três poderes sejam atos capazes de garantir ao cidadão de planejar o seu presente e futuro consciente de todas as possíveis consequências. Nesse interim, quanto ao Poder Judiciário, a segurança jurídica deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas.

---

[55] ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed Malheiros, 2016, p. 38.

Todavia, não acontece isso quando lidamos com as chamadas normas abertas, vagas e porosas porque tal norma só existirá de fato como preceito quando o magistrado completar a sua normatização por meio de valoração já no caso concreto. Desta forma, o cidadão não terá a previsibilidade garantida pela segurança jurídica do decorrer do processo decisório, uma vez que só terá conhecimento da regra, em toda sua extensão, depois de julgado pela sentença.

Ora, se há uma divergência moral na realidade fática e os envolvidos nessa divergência socorrem-se do poder judiciário para que o direito resolva este problema, e não a própria moral de cada um, não faz sentindo que magistrados aplicam o seu próprio senso de justiça ao invés do direito, dando-se a esta hipótese uma resposta baseada em parâmetros extrajurídicos.

Ressalta-se que não se está querendo dizer aqui no presente trabalho que as normas abertas e vagas não devem ser usadas no ordenamento jurídico. Porém o grande aumento delas nesse mesmo ordenamento e o seu uso constante de forma errônea pode sim trazer males para o Estado Democrático de Direito, tais como violação do princípio da separação dos poderes, violação ao princípio da segurança jurídica, o aumento do ativismo judicial e o agigantamento do Poder Judiciário, estando um problema interligado ao outro como demonstrado no decorrer do trabalho

Vale recordar que os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais foram bastante desenvolvido e usado no Direito Alemão, como já mencionado no primeiro capítulo, quando começa a ter a ascensão do Nacional Socialismo, e foram utilizados na época para que juízes passassem a adequar suas decisões com base nos ideias do nacional socialismo. Essas normas foram um dos instrumentos que transformou o judiciário daquela época da Alemanha em veículo de implementação de um projeto jurídico autoritário, servido aos propósitos flexibilizadores do formalismo jurídico convenientes ao regime. Explicando sobre esse assunto, George Abboud destaca o seguinte:

> O regime totalitarista do nazismo passou a substituir a legislação existente por outra que atendesse a vontade do Führer. Para atingir tal desiderato, a nova legislação criada passava a utilizar com frequência conceitos vagos e.g., bem comum, sentimento do povo, vontade da nação, interesse público etc. O uso dos conceitos vagos era um subterfúgio para se alcançar a interpretação pretendida pelo Führer/Estado. Afinal, no regime nazista, a lei deveria ser rigorosamente aplicada até o instante em que ela não se opusesse à vontade do Estado. A intepretação era limitada pela ideologia do nacional-socialismo.

> Ou seja, aos juízes era imposto um desvio da lei, sempre que razões políticas assim exigissem. (2014, p. 355/356). [56]

Isso é importante destacar e conhecer, para que fiquemos atentos as arbitrariedades cometidas sobre o pretexto de invocar uma cláusula geral para emitir decisões contrárias ao Estado Democrático de Direito e, obviamente, não cometermos erros do passado no atual cenário.

Uma curiosidade, que cabe aqui ser colocada, é que o autor alemão Karl Larenz, quem defendeu e escreveu bastantes sobre as normas gerais e abstratas, foi um dos apoiadores do Nacional Socialismo. Portanto, toda a sua dogmática sobre essas normas e a liberdade dada aos magistrados para julgar no caso concreto, deve ser lida sobre uma perspectiva da história e compreendermos como e porque o mesmo escreveu e defendeu isto.

A título de exemplo, Larenz (1997, p. 406) em sua obra explica que a atividade dos aplicadores do direito é justamente a materialização das valorações, que será realizado por meio de um preenchimento/valoração ligado a princípios jurídicos e um pensamento orientado a valores[57].

Mais uma vez é importante ressaltar que não se está querendo dizer no presente trabalho que essas normas abertas e vagas não podem serem utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro atualmente e nem negar a sua importância. Porém, é indubitável que elas dão uma abertura muito grande para que magistrados julguem conforme acharem conveniente.

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados jamais poderão ser uma válvula de escape para que os aplicadores julguem da forma como achar mais oportuno.

É importante que se estabeleça alguns critérios e limites ao julgador quando este fizer uso das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados em suas decisões para que ele não realize o seu preenchimento apenas com fundamento no seu livre arbítrio[58].

---

[56] ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 355/356.

[57] LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed., Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406.

[58] Uma das formas que ajudaria na imposição de limites ao julgador quando o mesmo estiver diante do uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é a correta utilização da motivação das decisões judiciais, previsto no inciso IX, art. 93 da CRFB/88 e também no art. 489 do CPC, o qual possui grande importância para a defesa contra a arbitrariedade causada por ativismos judiciais e para assegurar parâmetros necessários na avaliação da atuação do Poder Judiciário. Segundo, Daniel

Desta forma, diante de todo o exposto acima, ao fazer o uso das normas gerais e abstratas o Poder Judiciário precisa ser muito cauteloso, justamente para que não caia nas artimanhas de emitir cada vez mais decisões ativistas, sobre o pretexto de se estar fazendo o justo, quando na realidade está contribuindo para um agigantamento desse poder em face dos demais, e consequentemente, contribuindo para o desequilíbrio da separação dos poderes que é o princípio estruturante da democracia constitucional brasileira e será melhor detalhado abaixo.

Marque Camargo, o dever de motivação das decisões judiciais, além de ser uma garantia das partes, também figura como um controle popular sobre o exercício da própria função jurisdicional, onde se pode aferir em concreto a imparcialidade do juiz, a legalidade e justiça das decisões, além do devido processo legal em sentido substancial. (2019, p.58). Quanto mais aberta for a norma, maiores serão os deveres de densidade argumentativa do aplicador, sendo de extrema importância a atenção a devida fundamentação das decisões judiciais.
CAMARGO, Daniel Marques de. Decisão judicial e sua fundamentação: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2019. Disponível em: < https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13637-daniel-marques-de-camargo-1/file>. Acesso em: 17 de outubro 2020. (2019, p.58).

4. RAMOS DO DIREITO E SEU GRAU DE COMPATIBILIDADE COM OS TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nos capítulos anteriores restou evidenciado que as normas abertas e vagas, se usadas de forma errônea, podem auxiliar o crescimento do fenômeno do ativismo judicial, no qual geralmente transformam-se em subterfúgios para que juízes cometam arbitrariedades quando da emissão de decisões.

Isso porque as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, como já mencionado, para ter efetividade no caso concreto, necessita de uma complementação/valoração emitida pelo próprio juiz.

O Poder Legislativo vem fazendo grande uso dessa técnica legislativa atualmente, tornando os tipos normativos abertos e vagos cada vez mais frequente no ordenamento jurídico. No entanto, alguns ramos do direito possivelmente são mais compatíveis com os tipos normativos abertos do que outros a depender do modo como esses ramos se relacionam com o princípio da legalidade estrita. Exemplo disso são as áreas correspondentes a área Penal e Tributário que são áreas em que essas normas aparecem com menor intensidade, embora atualmente, a penetração das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados tenha ocorrido de forma mais corriqueira também nesses ramos do direito.

O princípio da legalidade encontra-se previsto em nossa Carta Magna no art. 5º, inciso II o qual prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”[59]. Tal princípio representa mais um avanço na construção do Estado Democrático de Direito e retrata a predominância da lei sobre o arbítrio estatal. Conforme nos ensina André Puccinelli Junior o princípio da legalidade

> Protege o indivíduo particular contra possíveis desmando estatais, reconhecendo apenas ao Legislativo a prerrogativa de impor obrigações aos particulares, movimentando-se todos os demais poderes dentro dos parâmetros legais, aos quais devem fiel execução e aplicação. (2015, p. 278)[60]

---

[59] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

[60] PUCCINELLI JR, André. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015, P. 278.

O princípio mencionado acima, por excelência, apresenta uma origem política e nasceu como uma garantia contra o arbítrio estatal, com o intuito de racionalizar o poder através do Direito.

O fato de existirem ramos do direito menos compatíveis com as normas de textura semântica abertas tem uma razão de ser, pois as expressões que consistem em autenticas cláusulas gerais como por exemplo “bons costumes”, “boa-fé”, “perigo iminente”, “de qualquer modo”, constitui severa limitação ao princípio da reserva legal ou da legalidade citado acima.

Os tipos normativos abertos constituem em uma limitação ao princípio da legalidade na medida em que eles, de certa forma, representam renúncia, do legislador de estabelecer uma regulação positiva em determinada matéria.

Assim, dependendo de como determinado ramo do direito vislumbra e aplica o princípio da legalidade, se há uma maior ou menor relativização dele, as normas abertas e imprecisas podem ter uma maior ou menor compatibilização com este mesmo ramo.

Nos capítulos seguintes, iremos abordar esse assunto pormenorizado, para verificar quais ramos do direito são mais compatíveis com a técnica das cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados e como se procede o seu uso dentro destes ramos.

4.2 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO PENAL

O próprio Código Penal em seu primeiro artigo traz em destaque o princípio da legalidade estrita afirmando não existir crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal[61].

De acordo com o autor Rogério Greco, referente ao âmbito do direito penal, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, sendo eles: a) proibição da retroatividade da lei penal; b) proibição de criação de crimes e penas pelos costumes; c) proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibição de incriminações vagas e indeterminadas (2015, p. 146)[62];

---

[61] (CP/40) Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

[62] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro. Ed. Impetus, 2015, p. 146.

Evidentemente que quando falamos em direito penal estamos diante de normas jurídicas ligadas ao poder punitivo do Estado, no qual na grande maioria das situações no deparamos com sanções que incluem a privação da liberdade do indivíduo. Tendo em vista estar lindando com um direito individual tão importante, certo se faz que as normas jurídicas deste ramo sejam elaboradas da forma mais detalhada possível, de modo que não se provoque dúvidas intransponíveis.

Nesse sentido, é notável a incompatibilidade do uso de clausulas gerais no direito penal uma vez que esse ramo apenas permite a criação de tipos penais, por meio de lei em sentindo estrito, emanado do Poder Legislativo, sendo-lhe imposto a máxima determinação, precisão e taxatividade, onde o Judiciário deve interpretá-las de modo restritivo.

Apesar desta clara restrição do uso de normas vagas e abertas no direito penal, o seu uso vem crescendo cada vez mais neste ramo, com os chamados tipos abertos, que segundo Heleno Cláudio Fragoso (xxx, p. 203), conforme citado por João Guilherme Silva Marcondes de Oliveira (2010, 139).

> Não aparece expressa, por completo, a norma que o agente transgride com o seu comportamento, de tal maneira que não se contém no tipo a descrição completa do comportamento delituoso, que depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe[63].

Apenas a título de exemplo, temos o art. 9º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), o qual prescreve: “Art. 9ª Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos”[64]. Tal norma, como se vê, não informa qual conduta será considerada tentativa de submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio de outro país, ficando a cargo do intérprete essa tarefa.

Sobre o perigo do uso dessas normas no direito penal, Rogério Greco, em uma de suas passagens em seu livro, diz:

> Exemplos de tais conceitos vagos ou imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que contivessem em seu preceito primário a seguinte redação: "São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os

---

[63] OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. Do caráter aberto dos tipos penais. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP-SP), São Paulo, 2010. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-112356/publico/Do_carater_aberto_dos_tipos_penais_VERSAO_INTEGRAL.pdf>.

[64] BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Lei de Segurança Nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm#:~:text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. >.

> interesses da pátria". O que isso significa realmente? Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (nullum crimen nulla poena sine lege certa), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique (2015, p. 147). [65]

Como informa o autor, o indivíduo precisa saber antecipadamente qual conduta pode ou não praticar na vida em sociedade. Isso não aconteceria se fosse totalmente liberado o uso de normas abertas nesse ramo do direito uma vez que, se assim fosse, elas abarcariam uma diversidade de condutas, onde o magistrado seria obrigado a fazer distinções sem qualquer parâmetro legal, recorrendo muitas vezes ao seu próprio juízo subjetivo para proferir o julgamento e dizer se determinada conduta seria licita ou ilícita.

Outro exemplo que demonstra a problemática dos tipos penais abertos no Direito Penal são os crimes contidos na Lei nº 7.492 de 1986[66] que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, o qual este repleto de termos semânticos abertos e vagos, tal qual o art. 4º [67] da respectiva lei.

A Apelação Criminal de nº 0028343-55.2002.4.01.3400 (2002.34.00.028405-6)/DF[68], interposta pelo réu contra sentença que condenou-o como incurso nas penas do art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/86, ilustrando de forma clara a questão que gira em torno do artigo. O Apelante em suas razões argumentou justamente que o legislador não determinou o que viria a ser gestão fraudulenta, criando assim indefinição quanto às condutas criminosas, de modo que os fatos contidos no caso e alegados pela acusação são totalmente permeados de dúvidas e por isso deveria ser absolvido com fulcro no princípio do “in dubio pro reo”, argumentando ainda que praticamente todas

---

[65] [65] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro. Ed. Impetus, 2015, p. 147.

[66] BRASIL, Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>.

[67] (LEI 7.492/86) Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

[68] PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL ART. 4º, CAPUT, DA LEI Nº 7.492/86. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. GESTÃO FRAUDULENTA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. Apelação criminal improvida. (TRF-1, 0028343-55.2002.4.01.3400, Relator: Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes. Relatora convidada: Rosimayre Gonçalves De Carvalho. Data do Julgamento: 01/09/2015, 4º Turma do TRF da 1ª Região. Data de Publicação: 29/10/2015. Disponível em:https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00283435520024013400>.

as provas colhidas aconteceram na fase pré-procesual, onde não há a figura do contraditório.

Em seu voto, a relatora argumenta que a expressão “gestão fraudulenta” é expressão que permite ao intérprete agregar valores sem violação ao princípio da reserva legal. Percebe-se desde já, um argumento característico de quem é favorável as cláusulas gerais. Continuando, a relatora ainda afirma que a sentença não merece reparo, pois demonstrou a materialidade do fato delituoso, a responsabilidade do réu pelo cometimento do delito tipificado no art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/86, bem como a presença do elemento subjetivo, mas se limita, no entanto, a apenas transcrever as razões da própria sentença e a afirmar que a materialidade e autoria foram comprovado nos autos pela documentação que instruiu os presentes autos, pelos laudos periciais, pelo contrato social, pelos depoimentos prestados na fase policial e pelo depoimento judicial, sem realizar o cotejo próprio do que seria especificamente a conduta considerada delituosa de gestão fraudulenta do agente.

Observa-se que no caso em análise retrata justamente a problemática que gira em torno das normas abertas e vagas denunciadas no presente trabalho pois o tipo penal em comento (art. 4º da Lei nº 7.492/86) é exatamente uma norma que propicia larga margem interpretativa que não se coaduna com o ramo do Direito Penal. Não está se afirmando aqui que o agente não tenha de fato gerido fraudulentamente a empresa equiparada à instituição financeira, porém, seria de extrema importância que a relatora, quem julgou o recurso de apelação, delimitasse detalhadamente o que viria a ser gestão fraudulenta e posteriormente detalhar também qual foi a conduta do réu que feriu a tipicidade em apresso já que se trata de um tipo normativo aberto que por sua natureza traz a necessidade de maiores cuidados quando da sua aplicação, para tentar reduzir ao mínimo o arbítrio do julgador.

Assim, diante de todo o exposto, verifica-se claramente que o ramo do Direito Penal é um dos ramos menos compatíveis com os tipos normativos abertos, tendo em vista que o princípio da legalidade não pode, ou pelo menos não poderia, ser relativizado neste ramo uma vez que estamos falando sobre gravíssima intervenção estatal na esfera dos indivíduos, por possibilitar o cerceamento de sua liberdade.

No entanto, é possível perceber que os tipos penais abertos e vagos estão cada vez mais comuns nesta área, sendo a Lei de Abuso de Autoridade de nº 13.869/19[69] o mais recente exemplo onde contém expressões como “por mero capricho”, “satisfação pessoal”, “sem justa causa”, “pleito de preso”, “manifestamente cabível, “prazo razoável”, entre outras que demonstram a grande carga valorativa necessária à aplicação do disposto pelo diploma legal.

4.3 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Quanto ao ramo do direito tributário, o princípio da legalidade encontra-se de forma expressa no inciso I do art. 150 da Constituição o qual proclama ser vedado exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça[70] e no art. 97 do Código Tributário Nacional[71].

Esse referido princípio, no âmbito do direito tributário, implica na necessidade de que a obrigação tributária não dependa da vontade da autoridade fiscal, mas nasça exclusivamente da lei, onde irá ser definido todos os aspectos relevantes de tal obrigação. Nesse sentido, assevera Luciano Amaro, dizendo o seguinte:

> O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples autorização do Legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina in abstracto todos os aspectos relevantes para que, in concreto, se possa determinar quem terá de pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se “A” irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se “A” deve ou não

---

[69] BRASIL, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Lei de Abuso de Autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#:~:text=Art.,que%20lhe%20tenha%20sido%20atribu%C3%ADdo>.

[70] (CRFB/88) Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
[...]

[71] (CTN/66) Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:
I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;
IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;
VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

> contribuir, ou que montante estará obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência ou oportunidade do administrador público (2017, p. 136)[72]

Observa-se claramente que também neste caso é incompatível o uso de normas abertas e vagas uma vez que o legislador, ao formular a lei tributária, deve defini-las de modo taxativo e completo, sem que se deixe qualquer margem ao magistrado de realizar alguma interpretação extensiva ou analógica, discordantes com a determinação dos tipos tributários que costumam ser qualificados de fechados ou cerrados.

De fato, a incidência de tipos normativos abertos e vagos na legislação tributária brasileira tem sido bem menor se comparado a outros ramos do direito, tendo em vista os motivos acima citados, sendo o legislador e os tribunais mais cuidadosos na hora de admitir ou não um conceito indeterminado no tipo normativo tributário. Apesar de ter uma incidência menor desses tipos normativos na seara deste ramo, é possível encontra-los em algumas hipóteses tal como referente ao imposto de circulação de mercadorias e serviços – ICMS, onde ainda se tem dúvidas da exata extensão do que viria a ser “circulação jurídica” ou “circulação econômica”.

Um outro exemplo de utilização de conceito indeterminado neste ramo do direito se encontra na lei que criou a contribuição ao SAT – Seguro de Acidentes de Trabalho, instituído pelo art. 22, II, da Lei nº Lei nº 8.212/91[73] que não traz em seu tipo o conceito do que viria a ser as expressões contidas nele como atividade preponderante ou graus de risco leve, médio e grave. Este artigo foi objeto de inúmeros casos quando do seu nascimento e ainda é atualmente, como ocorreu no

---

[72] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 22. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017, p. 136.

[73] (LEI 8.212/91) Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:
[...]
II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:
a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Recurso Especial nº 1.642.200 – SP[74], julgado em 13/12/2018 pelo Superior Tribunal de Justiça.

O recurso mencionado acima foi interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que entendeu fugir do âmbito do decreto regulamentar disciplinar matéria de modo a interferir no comando da lei, sobretudo quando de natureza fiscal, havendo, portanto, violação aos artigos 97 e 99 do CTN que trata do princípio da legalidade tributária. A recorrente, no entanto, sustenta em seu recurso sustenta, em síntese, a legalidade da atribuição, ao regulamento, da fixação de conceitos de atividade preponderante e de risco leve, médio ou grave.

O relator, por sua vez, acatou o argumento da Recorrente, Fazenda Nacional, dando provimento ao recurso especial, fundamentando que o STJ possui jurisprudência consolidada no sentido da possibilidade de delegação, pelo art. 22 da Lei 8.212/91, para que decreto estabeleça os conceitos indeterminados, uma vez que a lei já define satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida, competindo assim ao regulamento apenas a complementação dos conceitos legais, não implicando em ofensa ao princípio da legalidade.

No caso em análise, de fato todos os elementos essenciais para a criação de uma obrigação tributária já foram devidamente regulados pela lei, uma vez que há indicação do sujeito passivo (empregadores), do fato gerador (pagamento ou crédito de remuneração) e da alíquota (de 1% a 3%) incidente sobre a base de cálculo (total das remunerações), restando para o decreto regulamentador apenas a se limitar a definir os diversos graus de risco, exatamente porque assim almejado pela norma tributária.

---

[74] TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEGURO CONTRA ACIDENTES DE TRABALHO (SAT). DELEGAÇÃO AO REGULAMENTO PARA A DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS DE ATIVIDADE PREPONDERANTE E DE GRAUS DE RISCO. VALIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. I – O art. 22 da Lei 8.212/91 define, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida em relação à contribuição SAT. II – Compete ao regulamento apenas a complementação dos conceitos legais de atividade preponderante da empresa e de seus correspondentes graus de risco - leve, médio ou grave, de modo que tal delegação não implica em ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.071.562/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2/10/2017; AgRg no REsp 1.460.694/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 10/10/2014. III – Recurso Especial provido. (STJ - REsp 1642200 – SP, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 13/12/2019, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: 18/12/2018). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201603061192&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.

Conforme se vê, quando se trata de tipos normativos abertos contendo conceitos jurídicos indeterminados na legislação tributária, tanto o legislador quanto os tribunais tem sido bastante cuidadosa ao abordá-los, se comparado com outros ramos, como por exemplo o ramo do direito penal, para que assim a lei tributária não lance mão de conceitos discricionários ao instituir tributos, já que, segundo Ricardo Lodi Ribeiro "as decisões sobre quem irá suportar os ônus fiscais e em que medida o fará, devem ser estabelecidas pelo legislador, não havendo que se falar, nessa seara, em juízo de conveniência e oportunidade"[75].

Ressalta-se, no entanto, que apesar de haver situações em que se toleraram um menor grau de determinação no âmbito do direito tributário, é importante destacar mais uma vez que o Poder Judiciário e o Poder Executivo não podem valer-se de expressões indeterminadas para cometerem arbitrariedades, não comportando juízos de oportunidade e conveniência devido o princípio da legalidade tributária, conforme exposto no parágrafo anterior.

4.4 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

No ramo do direito administrativo o princípio da legalidade, do mesmo modo que nos demais, atua como uma de suas diretrizes essenciais, previsto no artigo 37 da CRFB/88, onde diz expressamente que "a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]" (BRASIL, 1988)[76].

Segundo o princípio da reserva legal no direito administrativo, toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, sob pena de se tornar ilícita, caso não haja a devida previsão legal.

Prevalece no ramo do direito administrativo aquela máxima conhecida de que enquanto no âmbito das relações entre particulares é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, no âmbito da Administração Pública só é permitido fazer o que está

---

[75] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os conceitos indeterminados no Direito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 149, p. 63-76, fev. 2008. Disponível em: <file:///E:/Direito/1%20-%20TCC/Artigos/Os_Conceitos_Indeterminados_no_Direito_Tribut%C3%A1rio.pdf>.

[76] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

autorizado em lei. Há neste caso uma instituição de um critério rígido de subordinação à lei, no qual, de acordo com Fernanda Marinela:

> A validade e a eficácia da atividade administrativa ficam condicionadas à observância da norma legal. Significa dizer que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos legais e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou se desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (2018, p. 78)[77].

Aqui há, porém, uma observação a se fazer de que as normas jurídicas administrativas são comumente direcionadas aos agentes administradores, isto é, aos agentes do Poder Executivo e não aos do Poder Judiciário.

Além disso, os atos administrativos são divididos e classificados pelos autores em atos vinculados e atos discricionários. Os primeiros compreendem aqueles atos em que o agente administrativo realiza reproduzindo fielmente os elementos estabelecidos previamente na lei, os quais não deixam qualquer margem de dúvidas, determinando a forma correta que a Administração Pública deve agir em algumas situações, de modo que:

> Nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei (CARVALHO FILHO, p. 137, 2020).

Já nos atos discricionários, diferentemente dos atos vinculados, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão ao agente administrativo o qual o autoriza a proceder a uma avaliação de conduta no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Assim, segundo o autor José dos Santos Carvalho Filho, “

> A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo” (2020, p. 137)[78].

Deste modo, é evidente que no âmbito do Direito Administrativo quando estamos tratando dos chamados atos vinculados não há o que se falar de uso de

---

[77] MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2018, p. 78.
[78] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2020, p. 137.

normas abertas e vagas, tendo em vista a elaboração de leis com elementos descritivos e termos estritamente objetivos, havendo uma única solução possível para a atuação da Administração Pública.

No entanto, quanto aos atos discricionários é bastante comum o uso de normas jurídicas com textura semânticas abertas, vagas e imprecisas, onde são deixadas lacunas que permitem maior liberdade para a Administração Pública na tomada de decisão frente ao caso concreto. Muitas vezes nessas normas são empregados termos do tipo interesse público, interesse social, notório saber, moralidade, dentre outros que são nitidamente conceitos jurídicos indeterminados dotados de grande generalidade.

A questão das normas vagas e imprecisas no âmbito do Direito Administrativo é peculiar tendo em vista a dificuldade que existe na norma em oferecer elementos prévios para regulação de condutas ainda não previsíveis e, também, devido a própria posição da Administração Pública dentro da atividade estatal, no qual lhe é garantida autonomia de suas ações, para exercer sua função política na realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.

Assim, o legislador, a fim de assegurar justamente o interesse da coletividade, muitas vezes confere ao Poder Executivo, responsável pela aplicação de políticas públicas visando o interesse público, por meio de normas vagas e abertas, tais como clausulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a liberdade de escolher a solução mais justa dentre várias existentes, admitindo-se nesse caso, uma discricionariedade maior da Administração Pública.

Não quer dizer, no entanto, que os agentes administradores são totalmente livres para praticarem atos administrativos da forma com bem entenderem sem qualquer controle, pois ainda que se pratique atos discricionários, tais atos precisam respeitar os espaços definidos pela lei que objetivam afastar arbitrariedades ou qualquer comportamento contrário aos interesses da sociedade. Nesse sentindo Thais Campos Maia, citando Di Pietro, assevera que:

> A lei, ao deixar lacunas, permite maior liberdade na tomada da decisão frente ao caso concreto. Entretanto não se pode afirmar que esse poder é totalmente livre, já que a forma, a finalidade e a competência da lei acabam impondo algumas limitações que, uma vez sendo ultrapassadas pela

> Administração Pública, passam a configurar uma decisão arbitrária e contrária à lei (2017, p. 37 apud DI PIETRO, 2010)[79].

Assim, da mesma forma que num processo judicial, no processo administrativo é exigido e de suma importância a aplicação do princípio da motivação das decisões, a fim de que todos os atos administrativos sejam justificados de forma prévia, clara e lógica. Maria Cristina Diniz Caixeta, sobre o princípio citado acima, explica que:

> O princípio é decorrência natural do Estado Democrático de Direito, obrigando o agente público a apresentar as razões de fato e de direito que o levaram a expedir o ato administrativo, possibilitando ao interessado o conhecimento do raciocínio desenvolvido na formação do convencimento do ato estatal. (CAIXETA, 2010, p. 125)[80].

Desta forma, apesar de ser o ramo do Direito Administrativo, especificamente quanto à normas referentes a atos administrativos discricionários, ser mais compatível com as normas abertas, o seu uso deve respeitar os limites previstos em lei, bem como os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

É importante destacar, porém que entendimento diverso se dá no âmbito do Direito Administrativo Sancionador tendo em vista que trata de medida mais interventiva do Estado perante a liberdade do administrado, seguindo, deste modo, o raciocínio parecido com o Direito Penal e atendendo a regra constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIV), não admitindo neste caso, pelo menos em teoria, norma jurídica que comporte qualquer espaço para a discricionariedade administrativa.

Apesar do Direito Administrativo Sancionador requisitar uma maior legalidade estrita, assim como no Direito Penal e Tributário, a maioria dos tipos administrativos dos estatutos disciplinares são abertos e imprecisos.

Clássico exemplo disso é a Lei de Improbidade Administrativa de nº 8.429/92[81] onde se encontra diversos tipos normativos abertos e indefinidos, tal como o caput do

---

[79] MARIA, Thais Campos. Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo e a (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017, p. 37. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6746/3287>.

[80] CAIXETA, Maria Cristina Diniz. O novo processo constitucional administrativo: sua importância na construção do estado democrático de direito. 2010. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2010, p. 125. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CaixetaMC_1.pdf>.

[81] BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%202%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%

art. 11[82] da mencionada lei que prevê como ímprobos atos genericamente estabelecidos, ou seja, não tipificados de forma específica, prescrevendo ser ato improbo aquele que "viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições", ficando a cargo do intérprete determinar quais condutas são contrárias aos deveres mencionados.

O artigo mencionado, por ser uma espécie de fórmula jurídica aberta, traz problemas de insegurança jurídica e arbítrios nesse ramo do direito, assim como dito no decorrer do trabalho, uma vez que magistrados podem interpretar de formas distintas a aplicação do referido artigo, o que vem acontecendo com bastante frequência.

A título de exemplo, a 4º turma do Tribunal Regional Federal da 1º Região, em Recurso de Apelação Cível, interposta ex-Prefeito do Município de Santa Rita do Ituêto/MG, em face de sentença de 1º grau no processo sob o nº 0002955-65.2008.4.01.3813[83], entendeu por reformar a r. sentença julgando improcedente a

---

C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>.

[82] (Lei 8.429/92) Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
[...]

[83] ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE REPASSE CELEBRADO ENTRE A UNIÃO E O MUNICÍPIO DE SANTA RITA DO ITUÊTO/MG. CONSTRUÇÃO DE QUADRA DE ESPORTES. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONLUIO PARA ESCOLHA DA EMPRESA VENCEDORA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE ATOS DE IMPROBIDADE. EXECUÇÃO INTEGRAL DO OBJETO CONTRATADO. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO EX-PREFEITO. IMPROVIMENTO DAS APELAÇÕES DO MPF E DA UNIÃO. EFEITO EXTENSIVO (LITISCONSORTE). 1. Ação de improbidade por supostas irregularidades verificadas na licitação modalidade Carta Convite nº 007/2000, realizada para execução do Contrato de Repasse nº 0105560-96/00, entre o Município de Santa Rita do Ituêto/MG e a União, por intermédio do extinto Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto - INDESP, ligado ao Ministério dos Transportes, cujo objeto consistia na construção de quadra poliesportiva no Distrito de São José do Ituêto (Município de Santa Rita do Ituêto/MG). 2. No diagnóstico, que rejeitou o pedido em relação a alguns dos imputados, e o acolheu em relação ao recorrente, ex-prefeito Municipal, e à empresa vencedora da licitação, as provas constantes dos autos demonstram a prática de fraude na licitação, e indicam a adesão voluntária (às fraudes) do ex-prefeito de Santa Rita do Ituêto/MG e da construtora vencedora da certame, cujas condutas se enquadrariam no art. 11 da Lei 8.429/92 (atos atentatórios aos princípios da administração pública). 3. A conduta do ex-Prefeito, a despeito de poder ter sido formalmente contrária, pelo menos em parte, ao que determina a lei de licitações, em um ou em outro ponto, não se deu por dolo ou culpa, o elemento subjetivo da improbidade, palavra que evoca necessariamente a ideia de desonestidade. O objeto do contrato — construção de quadra de esportes — foi realizado e cumpre sua finalidade junto à comunidade. 4. O fundamento da adesão voluntária do ex-gestor à fraude no processo licitatório, sobre ser frágil, não restou comprovado. Não houve demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito. Os fatos expressam meras desconformidades formais licitatórias, sem propósitos malsãos, sem comprovação de dolo (má-fé). A conduta do ex-gestor revela mais seu despreparo e inabilidade do que a intenção livre e consciente de fraudar a licitação para favorecer determinada empresa. 5. As apelações da União e do Ministério Público Federal, que buscam a condenação dos outros requeridos, não merecem prosperar. Como bem acentuou a sentença, não há provas de que

ação de improbidade por supostas irregularidades verificadas na licitação modalidade Carta Convite nº 007/2000, realizada para execução do Contrato de Repasse nº 0105560-96/00, entre o Município de Santa Rita do Ituêto/MG e a União, por intermédio do extinto Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto - INDESP, ligado ao Ministério dos Transportes, cujo objeto consistia na construção de quadra poliesportiva, e, assim, absolvê-lo das imputações veiculadas na inicial.

Explicando melhor, a sentença de 1º grau, entendeu por classificar a conduta do ex-prefeito no art. 11 (caput) da Lei 8.429/92, impondo-o as penas de (a) perda da função pública, (b) suspensão dos direitos políticos por três anos, e (c) pagamento de multa civil que fixou em dez vezes a última remuneração recebida na condição de prefeito. Entendimento diverso, no entanto, teve o TRF da 1º região, alegando em síntese que "os fatos expressam meras desconformidades formais licitatórias, sem propósitos malsãos, sem comprovação de dolo (má-fé) e de danos ao erário", de modo que a conduta do ex-gestor revela mais seu despreparo e inabilidade do que a intenção livre e consciente de fraudar a licitação para favorecer determinada empresa.

Ou seja, para o TRF da 1º região, além de se constatar no caso concreto a ilegalidade administrativa ou inabilidade do agente público que o pratica, é necessário também comprovar a conduta intencional, dolosa e de má-fé do agente improbo, ao contrário do juízo de 1º grau que apenas detectou as desconformidades formais licitatórias e enquadrou a conduta do ex-prefeito apenas no caput art. 11 da Lei 8.429/92 (atos atentatórios aos princípios da administração pública).

Percebe-se da análise do caso supracitado que o artigo 11 comportou entendimentos diversos sobre a mesma realidade fática, e isso se dá exatamente porque a norma jurídica é extremante aberta e imprecisa, o qual constitui virtudes eminentemente morais, e, sendo assim, a incerteza que tais atributos morais traz ao intérprete, pode favorecer a sua aplicação de forma voluntarista, seletiva e arbitrária, conforme exposto no decorrer do trabalho, acarretando no aumento do ativismo judicial, bem como ferindo o princípio da segurança jurídica.

---

tenham lesado o certame e/ou aderido ou contribuído para as supostas fraudes. 6. Provimento da apelação do ex-prefeito José Cremasco Ton. Desprovimento das apelações do Ministério Público Federal e da União. Extensão do resultado absolutório à Construtora Ponto Alto Ltda., que não recorreu (art. 1.005, parágrafo único – CPC). (TRF-1 - APR: 00029556520084013813, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 03/03/2020, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 16/03/2020. Disponível em: < https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200838130029557&pA=200838130029557&pN=29556520084013813>.

Desta forma, verifica-se que apesar do Direito Administrativo Sancionador demandar uma legalidade maior, com tipos normativos mais fechados e descritivos, a realidade evidência que isso está longe de acontecer, tendo em vista o grande número de normas abertas e vagas, com enorme carga valorativa, em leis que disciplinam essa matéria.

4.5 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO PROCESSUAL

Ultrapassado a questão do uso de normas abertas e vagas na esfera do Direito Administrativo, passasse a analisá-las sua compatibilidade no ramo do direito processual, sobretudo, no direito processual civil. Como já dito em capítulo anterior, o método das cláusulas gerais também avançou no terreno processual restando mais ainda evidente com o recente Código de Processo Civil de 2015 que trouxe inúmeras normas contendo clausulas gerais e conceito jurídico indeterminado, algumas também já citadas anteriormente.

Antes, porém, de definir se o ramo do direito processual é mais ou menos compatível com os tipos normativos em comento, é importante informar que se adota no presente trabalho uma visão de processo como uma instituição de garantia a serviço dos jurisdicionados e não como um instrumento a serviço do Poder Estatal, ou seja, adota-se aqui a perspectiva do garantismo processual. Eduardo José da Fonseca Costa, explicando sobre o fundamento do processo como uma garantia, assim diz:

> A Constituição também traz consigo uma índole metainstitucional, porquanto garante e regula instituições. Ou seja, é uma macro-instituição, que protege a si [função autorreferente] e a outras micro-instituições [função heterorreferente]. Uma dessas micro-instituições é o processo. Mais: uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a institucionalidade garantística como o “ser” do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; “instituição garantística a serviço dos jurisdicionados”, não “instrumento a serviço do Poder jurisdicional”; afinal, é tratado no título sobre direitos e garantias fundamentais [CF, Título II], não nos títulos sobre a organização do Estado [CF, Títulos III et seqs.]. Mas é possível ainda avançar mais: processo é instituição de garantia de liberdade (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de primeira geração), não de igualdade (que é vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de segunda geração); presta-se, enfim,

> a resguardar a liberdade das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas. (2016)[84].

Sendo o processo, precisamente o devido processo legal, uma garantia do cidadão, deve o magistrado praticar condutas que se limitem unicamente a suas prerrogativas, de modo a respeitar a separação dos poderes, como já explicado anteriormente, bem como as garantias e liberdades individuais previstas em nossa Constituição Federal, sobretudo as de direito processual. Não cabe, portanto, ao magistrado substituir o trabalho do legislador.

Cumpre ressaltar mais uma vez que a vontade pessoal do aplicador da norma jamais pode se sobrepor a vontade da lei, mesmo que ele entenda ser mais justo a aplicação de sua própria convicção. Isso porque a eficácia da atividade jurisdicional é vinculada, única e exclusivamente pelo Direito e pela lei e não por sentimentos de justiça do julgador. Caso assim não fosse, o dever de imparcialidade do julgador, que também é uma garantia constitucional e tem por finalidade impor limites a práticas de condutas abusivas e arbitrarias, seria totalmente infringido.

Ademais, outra garantia processual do devido processo legal é a realização do procedimento em contraditório devidamente regulado exclusivamente em lei, de modo que o magistrado deve apenas aplicar as regras previstas em lei, jamais deve criar leis procedimentais. Os jurisdicionados precisam conhecer antecipadamente as regas do jogo, daí porque não ser possível que o juiz as crie no decorrer do próprio procedimento. Nesse sentido, Eduardo José da Fonseca Costa nos explica que:

> É obrigatório que a zona friccional entre o Estado-juiz e as partes seja ocupada por um procedimento em contraditório desenvolvido sub lege. Por isso, um juiz nunca deve regular procedimentos. As partes não atuam sob diretrizes fixadas pelo juiz para o bom andamento processual. O procedimento não se regra por dupla normatividade, (i) uma composta de leis procedimentais (civis, penais, trabalhistas, eleitorais etc.) [marco regulatório originário], (ii) outra de resoluções judiciais criativas [marco regulatório derivado]. Enfim, o procedimento se arma segundo a lei [sub legem], jamais à margem dela [præter legem]. Ele não é ejetado da dupla matriz legislativo-jurisdicional; afinal, não se trata de «devido processo legal+jurisdicional», mas apenas de «devido processo legal». Só a lex, não o iudex, institui as condições procedimentais do debate. A trajetória do debate é planejada ante causam na lei, não improvisada *post causam* pelo julgador. Logo, o juiz não cria marcos regulatórios, mas garante às partes os marcos já fixados em lei.

---

[84] FONSECA COSTA, Eduardo José da. O processo como instituição de garantia. Revista Consultor Jurídico. 16 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>.

> Nesse sentido, não é ele um agente propriamente regulador, mas GARANTIDOR. (2018)[85].

Pois bem, tendo em vista que as normas jurídicas abertas e vagas são aquelas em que o seu aplicador, à vista do caso concreto, precisar preenchê-las/complementa-las, mediante o reenvio à elementos extrajurídicos buscando a justiça no caso concreto, é notório que o ramo do direito processual é um dos ramos menos compatível com tais normas, uma vez que, de acordo com o entendimento de processo aqui adotado, o procedimento precisa estabelecer antecipadamente quais são as regas do jogo processual a fim de não causar nenhuma surpresa aos jurisdicionados.

Apesar dessa conclusão, o atual Código de Processo Civil de 2015 inovou bastante quanto à inserção de normas abertas e vagas, sendo inúmeras as hipóteses em seu texto legal, como por exemplo, o art. 927, §3º que atesta que

> Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015)[86]

Ora, o artigo diz que poderá haver modulação de efeitos da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores a depender do interesse social e da segurança jurídica, no entanto, em momento algum nos informa o que consistiria de fato esse interesse social e segurança jurídica, sendo, neste caso, termos de conteúdo absolutamente indeterminado, ficando totalmente a cargo do interprete determina-los.

Outra cláusula geral processual que vem sendo bastante comentada pela doutrina e utilizada pelos tribunais é a da cooperação processual, inovação prevista no art. 6 do CPC de 2015 o qual prescreve o seguinte: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”[87]. Conforme se vê a norma não nos traz o que seria essa cooperação, como ela deveria ser externalizada no decorrer do processo ou quais condutas seriam

---

[85] FONSECA COSTA, Eduardo José da. Breves meditações sobre o devido processo legal. Empório do Direito. 10 jan. 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>.

[86] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

[87] Idem.

contrárias a tal cooperação processual, muito menos diz qual as consequências da violação de tal norma.

Para demonstrar como a cláusula geral mencionada acima pode ter entendimento diversificado a depender de como o magistrado a avalia, cita-se um julgado do Tribunal de Minas Gerais, que julgou a apelação de nº 1.0000.17.078177-7/016[88]. No referido julgado o juízo de primeiro grau aplicou em desfavor do banco agravante a multa prevista no artigo 77, § 2º, do Código de Processo Civil, por ato atentatório à dignidade da justiça, no patamar de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por entender que o banco estava praticando atos que visavam o embaraço à efetivação da ordem de depósito de recursos em juízo, estando desse modo em descompasso com ditames da lealdade, boa-fé e cooperação dos litigantes.

Entendimento diverso teve, no entanto, o juízo de segundo grau que alegou não se afigurar legítimo o reconhecimento da comentada conduta do banco agravante como prática de ato atentatório à dignidade da justiça, posto que até o julgamento final do recurso interposto contra a decisão que ordenou a restituição de valores, encontrava-se suspensa a eficácia do comando judicial em questão, afirmando também não foi observado o comando do § 1º, do artigo 77, do Diploma Processual Civil, que determina que a parte a quem se direciona a ordem jurisdicional seja advertida acerca da possibilidade de caracterização da sua conduta como ato atentatório à dignidade da justiça, concluído deste modo que não houve violação das cláusulas gerais da, boa-fé, cooperação e lealdade processual, reformando a decisão agravada e afastar a penalidade por ato atentatório à dignidade da justiça imposta em desfavor do banco agravante.

---

[88] EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONDENAÇÃO DO BANCO CREDOR AO PAGAMENTO DE MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES - PROLAÇÃO DE NOVA ORDEM COM NOVO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA MEDIDA - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA O REFERIDO PROVIMENTO JURISDICIONAL - ORDEM SOBRESTADA - NÃO CUMPRIMENTO DA ORDEM DE RESTITUIÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA - INDEMONSTRAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JURISDICIONAL OU DE EMBARAÇO PROCESSUAL - VIOLAÇÃO AOS DITAMES DA BOA-FÉ, LEALDADE E COOPERAÇÃO PROCESSUAL INVERIFICADA - PENALIDADE AFASTADA - RECURSO PROVIDO. - A teor do disposto no artigo 77, do Código de Processo Civil, uma vez intimada acerca de determinado comando jurisdicional, deverá a parte cumpri-lo, à luz da boa-fé processual, sob pena de incorrer na penalidade por ato atentatório à dignidade da justiça - Exarada pelo juízo primevo uma nova ordem de restituição de valores, com novo prazo para cumprimento, bem como justificada a inobservância pelo banco credor ao comando jurisdicional, face à tempestiva interposição de recurso, ao qual foi atribuído o efeito suspensivo, não resta caracterizada a prática de ato atentatório à dignidade da justiça, a autorizar a incidência da citada penalidade, máxime na hipótese em que a parte sequer foi previamente advertida a respeito da referida caracterização - Recurso provido. (TJ-MG - AI: 10000170781777016 MG, Relator: Corrêa Junior, Data de Julgamento: 26/11/2019, Data de Publicação: 04/12/2019)

Mais uma vez, temos a demonstração, agora no ramo processual, de incidência de clausulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados sobre um mesmo fato, interpretados de formas distintas. E isso só é possível devida ao alto grau de vagueza e indeterminabilidade dos termos contidos nas normas gerias e abstratas, tais como, dignidade da justiça.

Como já dito anteriormente, as partes do processo precisam ter conhecimento antecipadamente das regras procedimentais, o que não acontece, no entanto quando se tem um grande número de normais abertas e vagas na legislação processual, onde as partes sempre permanecem em dúvidas quanto a prática de certos atos, acanhados pelo medo das sanções porventura determinados pelos juízes.

4.6 TIPOS NORMATIVOS ABERTOS NO DIREITO CIVIL

O ramo do direito civil, como vislumbramos durante o trabalho, é o ramo onde mais se desenvolveram as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que o legislador, no processo de criação do Código Civil, optou por uma técnica legislativa farta em modelos jurídicos abertos, de modo a tentar interligar a Constituição Federal, os microssistemas e o próprio Código Civil.

Assim, percebe-se que a atual codificação do direito privado abandonou o modelo rígido e incorporou a nova proposta de modelo aberto para alcançar sua pretensão de resolver as relações surgidas na sociedade moderna, bem como os problemas futuros não previstos, adotando para isso a orientação dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade.

Quanto ao princípio da socialidade, o Autor Francisco Amaral expõe que:

> Orienta o intérprete no sentido da prevalência, na ordem jurídica, dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana, o que permite superar o individualismo predominante no Código Civil de 1916. (2017, p. 120)[89]

Sobre o princípio da eticidade, o mesmo autor afirma que “privilegia os critérios ético jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do

[89] AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017, p. 120.

direito, a chamada concreção jurídica" (2017, p. 121)[90]. Por fim, ao abordar sobre o princípio da operabilidade Francisco Amaral informa que:

> Indica-se um critério metodológico para a realização do direito: a interpretação jurídica não deve ter por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas, sim, constituir -se na primeira fase de um processo de criação ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. (p. 122)[91].

Conforme se vê, todos esses princípios gerais e informadores do Código Civil de 2002 são propícias para a adoção da técnica das cláusulas gerais. O referido código já nasceu com essa pretensão de tentar abarcar o dinamismo do presente e o futuro por meio de normas abertas e vagas.

Daí já se conclui, que o ramo do direito civil é um dos ramos mais compatíveis com as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, justamente por ter sido o Código Civil criado para a adoção dessas normas, com o propósito de ser mais maleável e flexível.

Dois exemplos marcantes que se destacam no ramo do direito civil em matéria contratual são as cláusulas gerais da função social do contrato e a da boa-fé, previstos nos artigos 421 e 422, que assim prescreve respectivamente:

> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002)[92].

Os artigos mencionados acima demonstram de forma clara a visão social e ética adotada pelo Código Civil e que devem reger as relações contratuais modernas. Parece haver, nesse caso, um abandono do individualismo clássico, revelando um contrato mais humanizado e preocupado com a coletividade.

Mas saber quais condutas são de acordo com a função social e a boa-fé não é tarefa de fácil identificação, tendo em vista o seu grau elevado de abstração e generalidade, que só irá ser identificado após a valoração realizada pelo juiz, no qual muitas vezes um mesmo caso fático possuem entendimentos controversos entre os

---

[90] Idem, p. 121.
[91] Idem, p. 122.
[92] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

magistrados, assim como acontece nos demais ramos, o que demonstra a instabilidade e a insegurança jurídica que traz as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

A título de exemplo cita-se dois julgados do mesmo tribunal com apenas dois anos de diferença, com entendimentos diferentes sobre a mesma matéria, em casos análogos, no qual em ambos havia o requerimento de resolução de relação jurídica contratual oriunda de contrato de compra e venda de safra futura de soja, com preço fixo. Um por conta de por conta de severa estiagem e outro por conta de chuvas pragas que castigaram as lavouras, acarretando a baixa produtividade e consequente aumento do preço da saca, conforme se vê pela transcrição abaixo dos julgados citados:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CONTRATO ALEATÓRIO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. VARIAÇÕES CLIMÁTICAS. PERÍODO DE FORTE ESTIAGEM. ALEGAÇÃO DE PERDA DA SAFRA EM DECORRÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORMA MAIOR. DESCABIMENTO. CLÁUSULA EXPRESSA DE ASSUNÇÃO DE TODOS OS RISCOS. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E PROBIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. CRITÉRIOS NORTEADORES DO § 4º DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. O contrato de compra e venda de safra futura classifica-se como aleatório, pois envolve coisas ou fatos futuros, impondo a assunção do risco por inocorrência destes a uma das partes, e à outra o direito de receber integralmente o prometido, desde que não tenha atuado com dolo ou culpa, conforme preleciona o art. 458 do Código Civil. 2. Os contratos aleatórios de compra e venda de safra futura possuem o risco como elemento intrínseco, logo, não há comutatividade de suas prestações ou quebra do equilíbrio contratual, o que torna inaplicável a eles a teoria da imprevisão. 3. Períodos prolongados de estiagem, fortes chuvas, pragas na lavoura, entre outros, não configuram acontecimentos extraordinários aptos a justificar o inadimplemento contratual, pois são situações previsíveis e até esperadas na agricultura, devendo ser levadas em consideração pelos agricultores antes do plantio, em especial quando contratam a venda para entrega futura com preço certo. 4. O fato de o agricultor assumir com exclusividade os riscos da produção agrícola não representa ofensa aos princípios da boa-fé e da probidade ou, ainda, tentativa de desvio da função social do contrato, mormente porque não se está diante

> de contrato de consumo ou adesão. 5. Em atenção ao disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, o arbitramento dos honorários advocatícios deve refletir não apenas a complexidade da matéria ou o tempo de tramitação do feito, mas, sobretudo, o compromisso ético e científico do patrono com a realização do direito em questão. Honorários advocatícios majorados. 6. Apelações conhecidas, improvido o apelo do autor, provido o apelo da ré para majorar o valor dos honorários advocatícios. (APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. Acórdão 760466, 20120111252472APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2014, publicado no DJE: 19/2/2014.)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. REQUISITOS PARA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. PRESENTES. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. ESTIAGEM. SITUAÇÃO ANORMAL E DE EMERGÊNCIA. PERDA ELEVADA DA PRODUÇÃO DE SOJA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. OCORRÊNCIA. MULTA. PERDAS E DANOS. AFASTAMENTO. PRECEDENTE DO C. STJ. PREQUESTIONAMENTO. 1. O título que serve de base à execução proposta, em que se busca o pagamento de cláusula penal, representa obrigação certa, líquida e exigível a amparar a execução (CPC/2015 783 e 784, III). 2. Comprovada a situação anormal ocasionada por severa estiagem que comprometeu a produção da soja e a fim de resguardar o equilíbrio entre as partes contratantes e zelando ainda pela função social do contrato, bem como pela boa fé objetiva, vislumbra-se, no caso concreto, motivo ensejador para resolução do contrato por onerosidade excessiva e por quebra da base objetiva do contrato, sem a imposição de qualquer multa em desfavor do agricultor. Precedente do C. STJ. 3. Deu-se parcial provimento ao apelo do embargante. (TJ-DF 00042111720178070001 DF 0004211-17.2017.8.07.0001, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 18/03/2020, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 04/05/2020)

Conforme se extrai da leitura dos julgados citados, o primeiro entende não ser possível a resolução contratual tendo em vista que chuvas e pragas são circunstâncias bem conhecidas no meio agrícola, sem que se possa cogitar, por conseguinte, de fatos extraordinários e imprevisíveis, como exige o art. 478 do Código Civil, sendo rechaça, dessa forma, a alegação de violação à função social.

Já o segundo julgado, ao contrário do primeiro, entende pela possibilidade da resolução contratual na hipótese de estiagem, de modo que a resolução seria imperativa por conta da onerosidade excessiva verificada e a bem da preservação das exigências impostas pela função social.

Observa-se que nos dois casos, apesar de serem parecidos, a cláusula geral da função social do contrato e boa-fé objetiva foram interpretadas de maneira distintas, demonstrando deste modo o que foi dito em todo o decorrer do trabalho de que as normas abertas e vagas podem ser interpretadas de acordo com apenas a vontade subjetiva do magistrado, contribuindo para o aumento da insegurança jurídica no direito brasileiro.

Importante ressaltar que apesar do da Lei Civil possuir uma abertura maior para os tipos normativos abertos, os limites para a atuação do julgador ao fazer uso das mesmas devem serem observados para não gerar maiores instabilidades jurídicas. Nesse sentido alude os autores Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

> Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – determinada incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento de seus limites. É por isso evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão-somente com base em cláusulas gerais, porque assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. (2002, p 120)[93].

Desta forma, para que o julgador não venha a emitir decisões arbitrárias quando no exercício de seu processo de criação quando diante das cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, ele precisa sempre se guiado pelos preceitos constitucionais.

Ademais, como dito na passagem acima, o sistema jurídico civil não se pode valer apenas das normas jurídicas abertas. É necessário que se tenha previsões na lei em sentindo estrito para assegurar a racionalidade que demanda o direito, a fim de que ele não se torne “qualquer coisa” dita pelos julgadores, bem como para assegurar o mínimo de segurança jurídica dentro do ordenamento jurídico.

---

[93] MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 120.

6. CONCLUSÃO

Como devidamente explanado várias vezes no decorrer do trabalho as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são normas dotadas de indeterminação linguística tendo em vista a textura semântica e aberta, propositalmente usada, onde o magistrado irá contextualizá-las à realidade dos casos concretos, por meio da valoração.

Essa técnica legislativa foi adotada no Brasil, principalmente com a inauguração do Código Civil de 2002, sob o fundamente de dar ao sistema jurídico uma maior mobilidade e abertura que viabilizasse a inserção dos valores da sociedade, bem como, pudessem abarcar casos futuros ainda não previstos.

Atualmente, os tipos normativos abertos extrapolaram a esfera cível e adentraram à praticamente todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro, se tornando cada vez mais frequente.

Desta forma, é inegável que há uma maior liberdade do intérprete ao emitir suas decisões, concedida pelo próprio legislador, de modo que o poder criativo dos juízes é ampliado significativamente já que o significado dessas expressões abertas contidas nos tipos normativos terá que ser proferido pelo próprio julgador de maneira discricionária.

No entanto, esse aumento do poder criativo dos magistrados cada vez mais corriqueiros, muitas das vezes é confundido pelos magistrados como julgar segundo o seu próprio senso de justiça e suas próprias convicções pessoais, ignorando as regras contidas no Direito e, portanto, se tornando decisões totalmente ativistas, sob uma falsa aparência de juridicidade.

A partir do momento que o julgador fundamenta suas decisões em suas convicções pessoais em detrimento da legalidade vigente ele incorre em ativismo judicial, mesmo que de sua atitude tenha surgido consequências positivas, pois num Estado Democrático de Direito a decisão depende única e exclusivamente de parâmetros próprios da democracia constitucional, isso é, da Constituição, lei, jurisprudência, etc, que possui elementos jurídicos dotados de normatividade, e não de critérios subjetivos.

Ademais, foi detectado ainda que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados auxiliam também na perda da segurança jurídica, uma vez que cada magistrado pode valorar uma mesma norma aberta e vaga de forma diferente, tendo

em vista, que cada indivíduo possui uma visão de mundo diferente, ocasionando, portanto, resultados distintos para casos parecidos.

Nesse interim, foi destacado a importância do dever de motivação, tendo em vista que é por meio dele será realizado a averiguação da legalidade das decisões judiciais, de modo a observar se elas foram emitidas de acordo com o Direito ou com a vontade própria do magistrado.

Foi constatado também que o poder legislativo ao criar demasiadamente normas abertas e vagas em diversos setores do ordenamento jurídico, delega para o poder judiciário a sua função típica de criar o direito, mesmo que de forma disfarçada, visto que ao emitir os enunciados em suas decisões para o caso concreto, por meio do método de interpretação da concreção, o julgador está na realidade criando um verdadeiro direito novo e inovador no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, há uma violação ao princípio republicano da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário acaba acumulando tanto a função de aplicar a lei, quanto a função de legislar, o que contribui ainda mais para o agigantamento deste poder e consequentemente quebrando o equilíbrio que deveria existir entre os três poderes, ferindo mais uma vez o Estado Democrático de Direito.

Por fim foi constatado que existem ramos do direito mais compatíveis com os tipos normativos abertos do que outros a depender de como o princípio da legalidade atua em cada ramo do direito já que estas normas constituem de certo modo uma limitação a tal princípio.

Os ramos do direito penal e tributário, por exemplo, são ramos que o princípio da legalidade atua de forma mais incisiva, tendo em vista que as normas precisam serem criadas com máxima determinação e precisão. São ramos, portanto, que possui menos compatibilidade com os tipos normativos abertos. Já o ramo administrativo apenas admite o uso de cláusulas quando se está diante dos atos discricionários administrativos.

Quanto a ramo processual, apesar de atualmente contar com a presença de várias cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, foi verificado que é um dos ramos que possuem menos compatibilidade com tais normas uma vez que o procedimento regular de todo o processo necessita ser estabelecido de modo preciso e antecipado. E o ramo cível é onde mais se vê a compatibilidade dos tipos normativos abertos levando em consideração que tal ramo foi transformado justamente para

abarcar o dinamismo do tempo presente e o futuro por meio de normas abertas e vagas, com o propósito de ser mais maleável e flexível.

Destaca-se, que como vimos no decorrer do trabalho, independente de existirem áreas que são mais ou menos compatíveis com os tipos normativos abertos, em todas elas o julgador precisa estar atento quando da sua utilização, pois tais normas requerem uma responsabilidade e cuidado maiores para que o mesmo não venha a emitir decisões com base no seu próprio senso de justiça, transformando-se em decisões consideradas ativistas porque não fundamentadas no Direito e na lei como impõem o Estado Democrático de Direito ao qual estamos submetidos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. **Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas câmara sobre penhora on-line**. Revista de Processo. Vol. 251/2016.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 22. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 de mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 de mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 de mai. 2020.

BRASIL, Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Lei de Segurança Nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm#:~:text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 10 de jun. 2020.

BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%202%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 18 de nov. de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 de mai. 2020.

BRASIL, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Lei de Abuso de Autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#:~:text=Art.,que%20lhe%20tenha%20sido%20atribu%C3%ADdo>. Acesso em: 12 de nov. de 2020.

CAIXETA, Maria Cristina Diniz. O novo processo constitucional administrativo: sua importância na construção do estado democrático de direito. 2010. 197 f.Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CaixetaMC_1.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

CAMARGO, Daniel Marques de. Decisão judicial e sua fundamentação: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2019. Disponível em: < https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13637-daniel-marques-de-camargo-1/file>. Acesso em: 17 de outubro 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2020.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 14 de jul. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Revista de Processo. Vol. 187/2010 | p. 69 - 83 | Set / 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Breves meditações sobre o devido processo legal**. Empório do Direito. 10 jan. 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O processo como instituição de garantia**. Revista Consultor Jurídico. 16 nov. 2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014, p. 231.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Codificação e cláusulas gerais**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil. v. 2, jan./mar. 2000, p.3-25.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro. Ed. Impetus, 2015

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

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2018.

MARIA, Thais Campos. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo e a (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6746/3287>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Da boa-fé no Direito Civil**, vol. 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 325, nota 206.

MENKE, Fabiano. **A interpretação das cláusulas gerais**: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 50/2004 | p. 9 – 35, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2019

NALIN, Paulo. **Cláusula geral e segurança jurídica no código civil**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l], dez. 2014. ISSB=N 2236-7284. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>. Acesso em: 21/09/2020.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro:** curso completo. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de**. Do caráter aberto dos tipos penais**. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP-SP), São Paulo, 2010. Disponível em: <

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-112356/publico/Do_carater_aberto_dos_tipos_penais_VERSAO_INTEGRAL.pdf>. Acesso em: 18/11/2020

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial**. São Paulo. Ed. Atlas, 2013.

PUCCINELLI JR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Os conceitos indeterminados no Direito Tributário.** Revista Dialética de Direito Tributário, n. 149, p. 63-76, fev. 2008. Disponível em: <file:///E:/Direito/1%20-%20TCC/Artigos/Os_Conceitos_Indeterminados_no_Direito_Tribut%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 04 de nov. de 2020.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 2019.

SOUSA, Diego Crevelin de. **Afinal, o que se deve compreender a respeito da discricionariedade judicial e do garantismo processual?. Empório do Direito**. 10 agt. 2019. Disponível em: < https://emporiododireito.com.br/leitura/26-afinal-o-que-se-deve-compreender-a-respeito-da-discricionariedade-judicial-e-do-garantismo-processual>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei!.** Revista Consultor Jurídico. 25 de junho de 2015. Disponível em : < https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>. Acesso em: 04/09/2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial – Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. Belo Horizonte, 2005. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf.> Acesso em 21/09/2020.

THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. Belo Horizonte, 2005. Disponível em http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf. Acesso em 21/09/2020.

TERRA, Aline Miranda Valverde**. A Discricionariedade Judicial Na Metodologia Civil-Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3 set/dez 2015, p. 370. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41141#:~:text=Ver%2Dse%2D%C3%A1%20que%20discricionariedade,respeito%20ao%20princ%C3%ADpio%20da%20legalidade>. Acesso em 19/11/2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2019.

VIEIRA, Artur Diego Amorim. **Sistema brasileiro de pronunciamentos judiciais vinculantes: justificativas, requisitos e instrumentos processuais**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://portaladm.estacio.br/media/3733097/artur-diego-amorim-vieira.pdf>. Acesso em 03/07/2020.