

**NORMATIVIDADE. CLÁUSULAS GERAIS, CRIATIVIDADE E DECISÃO
JUDICIAL: CAMPO PARA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?**

**NORMATIVITY. LEGAL STANDARDS, CREATIVITY AND JUDICIAL DECISION:
FIELD FOR JUDICIAL DISCRETION?**

Sérgio Tadeu Pupo¹

RESUMO

O presente examina a elaboração de cláusulas gerais dentro do ordenamento jurídico, diante da clara dificuldade do legislador em prever uma gama maior de situações abstratas, decorrentes das rápidas transformações sociais. Nesse universo, verificar-se-á qual é o papel exercido pelo juiz do novo século ao se deparar com tais modalidades de normas. Para tanto, versará o presente sobre a concessão legislativa ao juiz de certa margem de liberdade para interpretar as cláusulas gerais, permitindo atender a contemporaneidade do conflito e os limites que essa liberdade deve estar adstrita para evitar a existência de um juiz arbitrário e gerador de insegurança jurídica, ao invés de um juiz criativo e que traz dinamismo ao direito. A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE: CLÁUSULAS GERAIS; JUIZ; CRIATIVIDADE;
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.**

ABSTRACT

This examines the development of legal standards within the legal framework, given the evident difficulty of the legislature to provide for a wider range of abstract situations arising from rapid social changes. In this universe, there would be what is the role played by the judge of the new century when faced with such arrangements of standards. Therefore, this

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Professor de Direito Civil da Universidade Nove de Julho (Uninove). Advogado. Este artigo foi escrito com base nas discussões, leituras e trabalhos desenvolvidos no Grupo de Pesquisa/CNPQ “Reforma e Inovação do Poder Judiciário”, no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

will focus on the legislative grant to judge some latitude in interpreting the general clauses allowing suit the contemporary conflict and the limits of this freedom must be enrolled to avoid having a judge and arbitrary generator insecurity legal, rather than a judge and creative that brings dynamism to the law. The survey was used as the inductive method and technique of the bibliographic search.

KEYWORDS: LEGAL STANDARDS; JUDGE; CREATIVITY; JUDICIAL DISCRETION.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O delinear do juiz do século XXI. 2. O Juiz como hermeneuta. 3. A criatividade judicial. 4. Cláusulas gerais e o Novo Código Civil. 5. Entre a criatividade e a discricionariedade diante das cláusulas gerais. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), ficou mais evidente no direito privado a adoção pelo legislador de cláusulas gerais, as quais trazem em seu bojo expressões “abertas” que, exige do julgador uma interpretação segundo a realidade concreta.

A inserção de cláusulas gerais tem o fulcro de atender as crescentes demandas da sociedade pós-moderna, envolvidas em transformações numa velocidade nunca antes experimentada pela sociedade e com inúmeras quebras de paradigmas que, requer uma legislação mais dinâmica, frente às novas necessidades sociais, políticas e tecnológicas.

Nesse universo, verificar-se-á o esboço do juiz do novo século no exercício do Poder Jurisdicional e quais as consequências disso, diante da atuação do legislador no sentido de inserir cláusulas gerais em nosso ordenamento jurídico.

Surge, então, a discussão acerca da liberdade dos juízes no cumprimento da função típica de julgar, ou seja, se ao lhe ser concedido pelo legislador a prerrogativa de completar a expressão aberta ou vaga da lei, o juiz deve simplesmente remontar a *mens legislatoris*, reduzindo a sua atividade a de *juris dictio* ou decidir de acordo com o objetivo da lei dada contemporaneidade do conflito que é chamado a solucionar.

O legislador preconizou que o julgador goza de certa liberdade para decidir, na hipótese de lacunas na lei (artigo 4º da LINDB), porém, agindo de acordo com os instrumentos que lhes são conferidos; assim, a questão que surge é se essa liberdade permite a criatividade do juiz.

Nesse passo, será alvo deste, a análise acerca da criação da norma de decisão, na interpretação das cláusulas gerais; se há espaço para o exercício da criatividade do juiz e se esta pode ser definida como uma espécie de discricionariedade judicial.

A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

1. O DELINEAR DO JUIZ DO SÉCULO XXI

Numa visão panorâmica da “pós-modernidade”², observa-se a sociedade procurando se adaptar aos novos hábitos de convivência, consumo e novas tecnologias advindas do imediatismo característico desse momento histórico, no qual está envolvida não somente a população, mas todas as instituições.

Relações sociais e jurídicas construídas ao longo de séculos estão sob constante análise crítica, com o fito de se verificar se ainda existe lugar para elas em seus moldes mais tradicionais, ou dependem de uma transformação para atender aos anseios dessa sociedade pós-moderna.

Ao longo da história da civilização, as pessoas observaram inúmeras modificações nestas relações sociais e jurídicas, o que, não é nenhuma novidade. Sobretudo, se se tratar das grandes descobertas feitas pelo homem e a sua importância para cada época histórica: não teria sido uma revolução o manuseio do fogo pelo ser humano, tanto quanto a criação do microchip ou o uso da nanotecnologia? Contudo, o que se destaca nos dias atuais é a velocidade em que essas mudanças ocorrem e que resultam numa necessidade maior de adaptação da sociedade, estabelecendo um verdadeiro período de “resiliência humana”.

² Como acentua Eduardo Carlos Bianca Bittar: “A expressão é polêmica e não gera unanimidades, assim como seu uso não somente é contestado como também se associa a diversas reações ou concepções divergentes” (**O direito na pós-modernidade**, p. 131).

Estas adaptações perpassam pelos institutos jurídicos³, questionamentos éticos que são desafiados pela globalização⁴e, principalmente, revendo a estrutura de Estado desta época pós-moderna.

No pós-modernismo surge a dificuldade de se identificar os limites do espaço público e privado, como tradicionalmente se conhecia⁵, resultado da relação simbiótica surgida da globalização que elevou o mercado “a um patamar global superando as fronteiras físicas dos Estados e a forma tradicional da regulamentação e planejamento da economia, mormente para garantia e consecução dos direitos humanos sociais”.⁶

Nessa visão globalizada, em que há “a interpenetração entre os espaços de atuação pública e privada”,⁷ a estrutura do Estado – assim analisada em seus três Poderes – se mostra inadequada para a realidade social nesse tempo de inúmeras e rápidas transformações⁸.

Mais precisamente sob o enfoque do Poder Judiciário, temos que este, ainda se mostra anacrônico, gerando uma inquietação não só da população, mas do próprio meio jurídico que preconiza uma verdadeira “rebelião”⁹ dos juízes, os quais “estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a

³ Com relação aos institutos jurídicos, também é hodierna a discussão acerca da necessidade ou não da revisão de muitos conceitos, como ocorre na definição moderna de família, nos termos da Constituição Federal de 1988. No momento atual, há a transposição do modelo calcado na união pelo casamento civil com o intuito de ter prole para outras espécies de relações fundadas no afeto, como a pluriparental, anaparental, homoafetiva e até mesmo a paralela. (Quanto à família paralela, embora discutível do ponto de vista da boa-fé e lealdade, por se tratar de uma família constituída de uma relação adúlterina entre o cônjuge ou companheiro com uma terceira pessoa, a amante, tem encontrado tutela jurisdicional (RESP 362.743-PB, RESP 303.604/SP e RE 397762)).

⁴ Esta nova realidade questiona e coloca em dúvida os limites da privacidade, num mundo equipado com câmeras por todos os lados; desafios éticos perante a globalização e tantas outras discussões próprias da nossa época.

⁵ Como exemplo de novos paradigmas de espaços públicos e privados, Zygmunt Bauman cita o interesse individual no consumo, que, embora exercido em verdadeiros templos de consumo, “são ajuntamentos, não congregações; conjuntos, não esquadrões; agregados, não totalidades. Por mais cheios que possam estar, os lugares de consumo coletivo não têm nada de ‘coletivo’”. (**Modernidade Líquida**, p. 114).

⁶ NASPOLINI, Samyra Haydêe Del Farra; BENACCHIO, Marcelo. **A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado**, p. 382.

⁷ Op. cit., p. 383.

⁸ Como bem assinala Dalmo de Abreu Dallari (**O poder dos juízes**, p. 1), “Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas imaginava-se o ‘Estado mínimo’, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados.”

⁹ Sustentando uma “saúdável rebeldia” dos juízes, enfatiza José Renato Nalini: “A rebelião do juiz não é uma revolta corporativista com vistas à reconquista de benefícios excluídos a pretexto da transparência e da eliminação de privilégios. A rebelião é uma nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do instrumental jurídico para resolver as questões humanas. Questões singelas, às vezes, que se perdem na sofisticação procedimental” (**A rebelião da toga**, p. 300).

postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça”.¹⁰

É necessário, portanto, atualizar métodos e estruturas do século XVIII e finalmente ingressar no século XXI, pois a sociedade não é a mesma de antes, principalmente diante do adensamento populacional.

Se no passado o acesso ao judiciário era restrito a algumas pessoas, em geral as de classes mais abastadas, a realidade é outra, como se destaca em inúmeros artigos da Constituição Federal de 1988 que garantem o acesso à justiça, como o direito de ação previsto no artigo 5º, inciso XXXV, pelo qual: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para garantir esse acesso, foram desenvolvidos os mecanismos ditados pela Constituição e outros infraconstitucionais, desde a garantia de direito ao processo aos mais pobres, em qualquer instância, criação dos juizados especiais cíveis e criminais, revisão dos códigos de processo e a recente implantação do processo judicial eletrônico.

No entanto, observa-se que algumas mudanças, principalmente àquelas ao cargo do legislativo, tem servido como paliativo, pois surgem para estancar os efeitos de uma litigiosidade patente, enquanto se aguarda uma reforma mais profunda.

Retrato dessa afirmação são as alterações trazidas pela lei 8.952/1994, que procuravam trazer mais celeridade à proteção do direito material, enquanto se aguarda o pronunciamento definitivo do poder jurisdicional, seja por meio da antecipação de tutela do artigo 273 do Código Civil ou pela abreviação do procedimento de execução de sentença judicial nos termos do artigo 461 do mesmo código.

Não são raros os momentos em que, uma lei entra em vigor com proposições para a alteração de vários de seus dispositivos¹¹, pois não correspondem a situação jurídica posterior à *vacatio legis*.

A morosidade do legislativo no exercício de sua atividade típica acarreta inúmeros prejuízos para o jurisdicionado – tendo em vista a origem romano-germânica do nosso sistema jurídico, calcado na lei como principal fonte do direito –, recaindo sobre o Poder Judiciário o ônus de fornecer a prestação jurisdicional segundo as exigências de um mundo pós-moderno; para tanto, o legislativo tem inserido no sistema jurídico, cada vez mais,

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 82.

¹¹ O PL nº 6960/2002, da lavra do Deputado Ricardo Fiúza, reapresentado pelo Deputado Léo Alcantara sob o nº 276/2007, propõe a alteração de 187 artigos do Código Civil de 2002; o PL nº 2285/2007 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, elaborado por iniciativa do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), propõe a revogação de todo o livro de família do Código Civil, com a substituição pelo Estatuto da Família.

normas de tipo aberto em sentido *lato*, cabendo ao juiz dar o sentido no caso concreto, sendo mais do que um mero exercício da subsunção e que será objeto de estudo no presente.

Esse é um dos motivos para que se exija cada vez mais dos juízes uma “saudável rebeldia”, não somente em sua estrutura prevista no artigo 92 da Constituição Federal, mas na própria mentalidade dos magistrados, no sentido de deixar o estado de inércia, ligado ao extremo formalismo do procedimento ao contrário de dar ao jurisdicionado a solução para o conflito levado ao seu crivo. E, como constata Dalmo de Abreu Dallari: “Muitas vezes já não tem mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte”.¹²

São vários os fatores que, uma vez identificados e analisados, poderão culminar numa maior celeridade, frise-se: com qualidade,¹³ nos provimentos jurisdicionais para a solução dos conflitos, seja na mudança de estrutura dos órgãos judiciários, como na forma de ingresso, o preparo dos magistrados e até na forma de criação de suas decisões.

Dentre os pontos destacados, será abordado neste estudo, o aspecto da criatividade do juiz no exercício da sua função típica de decidir ao se deparar com cláusulas gerais, e se esta atividade criativa pressupõe a discricionariedade ou se há risco da arbitrariedade.

2. O JUIZ COMO HERMENEUTA

Ao longo da história, a magistratura esteve presente para solucionar os conflitos submetidos ao seu crivo, mas nem sempre permaneceu imune as distorções decorrentes do poder político exercido pelos governantes, em especial nos governos absolutistas, como os existentes na Europa do século XVII, cujo papel exercido pelos juízes era de um “agente político arbitrário e implacável”¹⁴.

Em contrapartida, o poder dos juízes aumentou e para evitar a independência destes, se observa no século XVIII, a sua submissão ao governante e ao ordenamento jurídico.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 84.

¹³ José Renato Nalini sustenta que é um falso dilema que a celeridade irá resultar em ameaça a segurança jurídica, pois seriam desrespeitadas as garantias do devido processo legal; assevera que, “o juiz deve estar preparado a exercer com firmeza e prudência a sua função de condutor do processo sem conferir preponderância à ferramenta, mas a reconhecer no processo um instrumento de realização do justo, não a suprema missão da Justiça” (**A rebelião da toga**, p. 179).

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 12.

Nesse contexto, se desenvolve o positivismo jurídico, pois “não há outro critério do justo e do injusto que não seja a vontade do soberano”¹⁵.

Assim, acreditava-se na figura do “legislador onisciente e onipotente”, capaz de unificar todo o direito”¹⁶.

A norma jurídica, portanto, era a mais abrangente possível para se evitar qualquer tipo de interpretação, remontando, inclusive a vedação de interpretação das normas imposta por Justiniano com relação ao *corpus iuris*.

Exemplo histórico dessa situação se encontra na lei revolucionária de 1790, resultante da Revolução Francesa que, vedava qualquer forma de exegese pelo juiz, em decorrência da desconfiança da burguesia com relação ao magistrado; assim, a interpretação era feita pelo legislador, por meio de uma comissão legislativa instituída para esse fim¹⁷, o que justifica até os dias de hoje a classificação de que o legislador é o intérprete autêntico da lei, não obstante a controvérsia trazida por esta afirmação.

Assim, o juiz era considerado a boca da lei, não havendo espaço para a interpretação.

Essa fase foi superada, havendo a inserção no sistema legal de métodos integrativos do direito na hipótese de omissão do legislador, como o contido no artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, além do comando do artigo 5º que possibilita o exercício da subsunção levando em consideração o momento fático da aplicação do direito.¹⁸

É corolário da separação dos poderes que, o juiz goze de independência jurídica, “a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência”¹⁹.

Ao retirar as amarras do juiz no tocante a aplicação da lei, observa-se o seu papel como hermeneuta, sendo necessário definir se ele atua como “*mens legislatoris*” ou “*mens legis*”, para a compreensão da teoria da interpretação.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 61.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**, p. 79.

¹⁷ Op. cit., p. 80.

¹⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

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

¹⁹ DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**, p. 162.

Na primeira hipótese o juiz buscaria compreender a vontade do legislador, a qual se critica em face da impossibilidade de se recriar o intuito do legislador, seja diante do decurso do tempo com relação a sua aplicação ao fato concreto ou mesmo pelas inúmeras alterações que se sujeita, ainda, nas discussões do projeto e após a sua promulgação.

Na segunda hipótese o juiz tem como função hermenêutica apresentar a vontade da lei, ou seja, transformar o texto legal em norma jurídica por intermédio da norma de decisão.²⁰

Destarte, “interpretar é descobrir o sentido e alcance das normas, procurando a significação dos conceitos jurídicos”²¹. Nesse passo, “o jurista, ao interpretar, nada mais pode fazer senão estabelecer as possíveis significações da norma jurídica, não podendo optar por qualquer delas, pois sua tarefa consiste apenas em criar condições para uma decisão possível do órgão que é competente para aplicar o direito”²².

Entretanto, estar vinculado à legalidade não significa um engessamento na interpretação da norma, havendo lugar para a criatividade judicial, ainda mais se considerarmos que, o surgimento de novos modelos de conflitos demandaria de uma intervenção legislativa mais atuante. E, como destacado anteriormente, não é possível no momento atual, contar com a celeridade do legislador.

3. A CRIATIVIDADE JUDICIAL

O estudo da atuação do juiz frente a aplicação do direito e conseqüentemente a possibilidade da criatividade desse sujeito na criação da norma de decisão, culmina na apresentação de um “novo juiz”, concebido como aquele que “percebe a insuficiência de uma hermenêutica apoiada no uso quase automático de métodos que conseguem lidar apenas com regras, desconhecendo o valor dos princípios”²³.

A criatividade não culmina no abandono dos métodos interpretativos, mas na ampliação destes, diante do “acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século,

²⁰ Escreve Eros Grau: “A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão”, por isso o citado jurista ressalta, citando Kelsen, que o juiz é o autêntico intérprete da lei (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**), p. 28.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 424.

²² Op. cit., p. 426.

²³ GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional. Um contributo à construção do Estado democrático de direito**, p. 371.

correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais”²⁴.

Essa atuação criativa faz surgir a discussão da existência ou não da discricionariedade judicial, sendo importante o debate nesse sentido, de modo que, se o juiz não é mais *la bouche de la loi*, ao contrário, tem uma liberdade para decidir e criar o direito, ainda que esteja diante de uma norma, mas que reputa injusta.

Outrossim, se por um lado não se nega a existência da criatividade judicial, por outro há o entendimento de que, esta encontra uma limitação, pois cabe ao juiz criar o direito por meio da norma de decisão e não uma lei, afinal não goza dessa prerrogativa do legislador e que não necessita manter-se equidistante das partes como o juiz.

Assim, “aquele que pretende ser parcial, deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico, assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão escondidos”²⁵.

Logo, apresenta-se no presente o seguinte problema: criatividade é sinônimo de discricionariedade?

Para analisar esse “novo juiz” e a sua atuação, o estudo propõe um recorte acerca da atuação do juiz na criação da norma de decisão quando se depara com as cláusulas gerais, como aquelas contidas no Código Civil de 2002, que culminou na “flexibilização de diversas normas que remetem diretamente ao juiz a solução do caso concreto”²⁶.

4. CLÁUSULAS GERAIS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

No mundo contemporâneo não é crível que o legislador consiga abordar em sua atividade típica todas as hipóteses fáticas em que o direito deve ser aplicado, ainda mais diante da vertiginosa inovação tecnológica.

No âmbito das relações privadas temos em nosso ordenamento jurídico o Código Civil, encabeçando o conjunto de normas infraconstitucionais para regular situações gerais e específicas do direito privado, além de outras legislações especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Bem de Família etc.

²⁴ CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p. 73.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**, p. 116.

²⁶ TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 3.

Embora existam inúmeras normas regulando as relações privadas, sempre haverá uma situação não abordada pelo legislador e que necessitará de integração pela atuação do juiz, como preconiza a já citada Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

É de se ressaltar que, em algumas situações, o legislador não padece da omissão, mas para atender às demandas sociais – no que tange a buscar a melhor adequação do caso concreto à norma jurídica –, o legislador apresenta normas com um conteúdo “aberto”, ou seja, sujeito ao exercício da liberdade judicial ou a criatividade segundo retro destacado e conforme acentua Ricardo Maurício Freire Soares:

Não raro, o enunciado das cláusulas gerais, ao invés de descrever rigorosamente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, ensejando, pela abertura semântico-pragmática que caracteriza os seus termos, a inserção no diploma legal de pautas de valoração oriundas do substrato social.²⁷

Sobre a definição de cláusulas gerais, escreve Alberto Gosson Jorge Junior:

São normas jurídicas dotadas de uma função peculiar, diferenciada das demais normas, por carregarem uma amplitude semântica ou valorativa maior do que a generalidade das disposições normativas.²⁸

Por meio das cláusulas gerais²⁹, o legislador direciona ao juiz o poder para valorar a expressão “aberta” da norma jurídica ao caso concreto; em outras palavras, o texto de lei apresenta uma disposição geral, cabendo ao juiz verificar se determinado fato está abarcado pela expressão contida no comando normativo.

Esse mandato³⁰ conferido ao juiz é o que possibilita o exercício de uma liberdade para a criação da norma de decisão, importando em reconhecer a existência de uma criatividade judicial.

Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que, o juiz poderá exercer a sua criatividade judicial em alguns casos, citando como exemplos: a) os chamados *hard cases*, “ou seja, casos em que o método subsuntivo clássico, que se consubstancia fundamentalmente na lógica

²⁷ **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 106.

²⁸ **Cláusulas gerais no novo código civil**, p. 22.

²⁹ Este estudo se pauta pela adoção da expressão cláusulas gerais em sentido *lato*, comportando as distinções feitas pela doutrina entre cláusulas gerais, conceito vago ou indeterminado.

³⁰ Sobre o tema escreve Judith Martins-Costa: “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar forma do sistema”. (**A boa-fé no direito privado**, p. 303.)

formal aristotélica, não é apto a resolver satisfatoriamente”³¹; b) o conceito vago ou indeterminado, consistente nos signos linguísticos que não possuem natureza clara, dependendo de elementos factuais para a sua interpretação, como a expressão “união estável”, “bom pai de família” etc;³²; c) cláusulas gerais, sendo considerado um modelo aberto, cujo objetivo é “abranger a realidade presente, a que está por acontecer”³³; sobre este último se debruçará este estudo.

As cláusulas gerais surgem num ambiente de transformações e de restabelecimento da confiança no órgão julgador³⁴; o que nitidamente ocorrera com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

A vantagem do uso das cláusulas gerais está na adequação da realidade social à ocorrência dos fatos, evitando uma “inflação normativa” e a desatualização de normas de conteúdo cerrado³⁵; assim, caberá ao juiz interpretar e integrar a norma, levando em consideração as regras de bem comum, as peculiaridades do caso e da região e critérios éticos e morais.

São exemplos de cláusula geral trazidos pelo Código Civil de 2002: a boa-fé objetiva nas relações contratuais; a função social do contrato e da propriedade.

Através da análise da função social da propriedade, por exemplo, o juiz verificará quando será reconhecida como tolerável uma perturbação causada por um vizinho a outro (artigo 1.277, parágrafo único do Código Civil); ou se é o caso da desapropriação por interesse público ou privado (artigo 1.228, parágrafos 3º e 4º do Código Civil), evidenciando que a propriedade não tem mais o caráter de ser absoluta (*Usque ad sidera, usque ad inferos*).

Com relação a boa-fé objetiva, a sua observância resulta na proibição do comportamento contraditório da parte que visa alegar em benefício a própria torpeza (*venire contra factum proprium*), o que possibilitou a aplicação da tese da responsabilidade civil pré-contratual.

Alberto Gosson Jorge Junior aponta que, o Novo Código Civil trouxe um rol meramente enunciativo das cláusulas gerais, havendo a possibilidade de identificação de

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**, p. 150.

³² Op. cit., mesma página.

³³ Op. cit., p. 162.

³⁴ TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 9.

³⁵ Nessa espécie normativa, o juiz é a “boca da lei”, ou seja, “as normas jurídicas passam, pois a ser repletas de elementos definitórios de modo a não deixar margem alguma de liberdade no processo interpretativo” TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 7.

outras “pelo trabalho dos estudiosos e pela interpretação que lhes venha a ser dada pela jurisprudência”³⁶, como por exemplo o artigo 478, que prevê a possibilidade de resolução ou revisão dos contratos, com a aplicação da teoria da imprevisão, se comprovada a ocorrência de fatos “imprevisíveis” e “extraordinários”.

Essas são algumas das hipóteses em que a lei não só autoriza, mas incentiva o Magistrado a exercer sua criatividade, agindo com equidade; porém algumas questões vem à tona: há uma limitação para essa “liberdade”? Essa “liberdade” é o exercício do dever de discricionariedade?

5. ENTRE A CRIATIVIDADE E A DISCRICIONARIEDADE DIANTE DAS CLÁUSULAS GERAIS

Para a análise da existência ou não de discricionariedade do juiz é necessário, antes de tudo, defini-la.

Em sentido amplo, discricção é a “liberdade de agir ou julgar de acordo com os seus próprios princípios”³⁷.

Já no âmbito jurídico, a expressão discricionariedade vem consagrada no estudo do Direito Administrativo e consiste no poder “que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”³⁸.

Sobre o tema, destaca-se, também, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.³⁹

Para o citado jurista, a atuação discricionária não é poder e sim um dever, não possibilitando uma ampla liberdade ao administrador, pois deve ater-se ao motivo de fato que gera a discricção que deverá resultar na adoção da melhor solução e, portanto, mesmo durante

³⁶ Cláusulas gerais no novo código civil, p. 109.

³⁷ SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário Sacconi da língua portuguesa. Comentado, crítico e enciclopédico**, p. 691.

³⁸ MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 103.

³⁹ **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 48.

a prática do ato discricionário o administrador está vinculado à satisfação da finalidade legal, sob pena de caracterizar desvio de poder⁴⁰ e quiçá o arbítrio.

Importante ressaltar que, “discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”⁴¹, sendo, portanto, inválido este último.

O limite previsto em lei tem ligação com a *oportunidade* que o ato é praticado, pois esta é definida a partir da existência dos pressupostos de fato e de direito de sua edição, presumindo estar atendendo às finalidades para as quais é praticado.⁴²

Logo, a discricionariedade e a vinculação à lei não são opostos na atividade do administrador público, pelo contrário, somente haverá discricionariedade se houver a observância da legalidade.

Ademais, a discricionariedade pressupõe que o legislador tenha sido omissivo ou se utilize de expressões plurissignificativas, ou seja, com indeterminação quanto ao próprio conceito, como “bom pai de família”, “urgência”, “interesse público” etc e não uma incerteza quanto a palavra, pois nessa hipótese, bastaria a substituição do signo por outro mais preciso.⁴³

Saindo da seara do Direito Administrativo, tem-se observado no campo do Direito Processual Civil, o uso da expressão “discricionariedade” para identificar a atuação do julgador ao prolatar uma decisão que dependa da interpretação de uma cláusula geral.

Entretanto, o reconhecimento de uma discricionariedade do juiz não é unânime.

Teresa Arruda Alvim Wambier, escreve que “o conceito de discricionariedade está intimamente conectado à ideia de imunidade ou impossibilidade de controle, pelo menos em certa escala”⁴⁴, o que levaria às partes a não terem controle sobre as decisões proferidas com o uso do poder discricionário do juiz.

Entende a citada jurista⁴⁵ que, este “proceder” do juiz pode culminar na insegurança jurídica e na impossibilidade de uniformização da jurisprudência.⁴⁶

⁴⁰ Acentua o citado jurista que, o desvio de poder pode advir do uso da competência em abstrato que o agente administrativo possui para atingir uma finalidade alheia ao interesse público ou para atender interesse público diverso daquele que motivaria a discricionação ou, ainda, agindo de má-fé para satisfazer interesse próprio ou de outrem e, por fim, por equívoco de julgamento na aplicação da competência (Op. cit., p.58-59).

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 103.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**, p. 59.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 21.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**, p. 177.

⁴⁵ Op. cit., p. 135.

Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma mais contundente, destaca que:

A pronúncia do juiz é a própria voz da lei *in concreto*. Esta é sua qualificação de *direito*. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Por isto, ao juiz jamais caberia dizer que tanto cabia uma solução quanto outra (que é característico da discricção), mas que a decisão tomada é a que o Direito impõe naquele caso.⁴⁷

No sentido oposto, Jorge Tosta, sustenta que “há uma margem de liberdade que permite ao juiz decidir por critérios de conveniência e oportunidade. Ao decidir de acordo com essa margem de liberdade que a própria lei lhe dá, aqui sim, exerce poder discricionário, já que atua segundo um juízo de oportunidade e não de legalidade”.⁴⁸

O autor cita o artigo 1.010, parágrafo 2º do Código Civil⁴⁹, como exemplo de discricionariedade, pois caberá ao juiz decidir na inexistência de consenso entre os membros de uma sociedade, mas ressalta que, “não é qualquer solução que poderá ser adotada, mas somente aquela que represente e atenda aos *melhores* interesses da sociedade”.⁵⁰

Ricardo Luis Lorenzetti acredita que os juízes são dotados de uma “discricção fraca”, pois nos julgamentos dos chamados *hard cases* “estão obrigados a dar razões que convençam a sua solução de acordo com o direito”, ou seja, sua resposta deve ser fundamentada em princípios e valores que devem ser objeto de debate no processo judicial.⁵¹

Eros Grau destaca que, existe discricionariedade do juiz em se tratando de ponderação entre princípios, pois num primeiro momento cria uma hierarquia axiológica entre os princípios abordados e no momento seguinte resolve a controvérsia valendo-se da alteração do valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a ser solucionada,

⁴⁶ A Súmula 400 do STF é um exemplo da adoção perigosa e que fundamenta a crítica dos autores contrários à discricionariedade judicial, ao dispor que: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal”; nos termos da definição tradicional de discricionariedade, o administrador deve buscar a melhor decisão para o caso concreto.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 26.

⁴⁸ **Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 16.

⁴⁹ Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º (*omissis*)

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

⁵⁰ TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 76.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito**, p. 178.

ou seja, exerce uma opção subjetiva entre indiferentes jurídicos; entretanto, logo em seguida, o citado jurista destaca a o perigo da incerteza jurídica nessa discricionariedade do juiz.⁵²

O reconhecimento da adoção da discricionariedade judicial poderia ser justificado pelo fato de que, nem o dever de discricionariedade do administrador está isento do controle judicial, que poderá anular os atos administrativos praticados em desvio de poder, restabelecendo a segurança jurídica, e, desse modo eventuais decisões judiciais discricionárias, que não pautem pela adoção da melhor solução⁵³ estariam sujeitas ao mesmo controle, tendo em vista que, pela própria estrutura do Poder Judiciário, suas decisões estão sujeitas à reforma em grau recursal e até mesmo à rescisão.

Para os partidários dessa tese, se nem a administração pública, no exercício do dever discricionário possui ampla liberdade e conta com o controle por outro Poder, no exercício dos *freios e contrapesos*, não há motivos para não se permitir a discricionariedade na atividade jurisdicional, como instrumento para a atividade de hermeneuta do juiz, optando pela melhor interpretação do texto legal diante da existência de cláusulas gerais.

São argumentos no mínimo instigantes para uma discussão e que encontram alicerce em parte dos doutrinadores citados neste estudo, como, por exemplo, defende Ricardo Maurício Freire Soares:

Não há, portanto, como negar a ideia de discricionariedade judicial se entendermos a discricionariedade como um poder conferido ao intérprete de oferecer, com algum grau de liberdade, a solução hermenêutica mais razoável para um dado caso concreto, em face da relativa indeterminabilidade normati va.⁵⁴

Não obstante parte dos doutrinadores pesquisados propagarem a possibilidade da “discricionariedade judicial” observa-se que, a definição do instituto que se pretende identificar não traz todos os traços característicos da discricionariedade praticada pela administração pública, o único elemento convergente é que o juiz do século XXI goza de uma margem de liberdade, não se reduzindo a atividade de *juris dictio* preconizada pelos positivistas.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 285.

⁵³ Escreve Jorge Tosta: “Quando dois juízes interpretam e aplicam uma norma aberta, caracterizada por termos vagos ou indeterminados, de forma diferente e com resultados diversos, embora diante de situações concretas literalmente iguais, é muito provável que um deles tenha errado” em seguida proclama: “O Direito não contempla, ao menos em tese, para situações idênticas soluções judiciais diferentes, mormente na interpretação-integrativa de ‘conceitos jurídicos vagos ou indeterminados’” (**Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 82-83).

⁵⁴ **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 119.

O ponto que distancia a criatividade da discricionariedade judicial está no fato de que, o juiz ao prolatar uma sentença, não está em busca da melhor decisão entre várias possibilidades (discricionariedade na administração pública), mas de uma única possível decisão e que melhor soluciona a lide diante da presença de fatos que demandem de interpretação diante das cláusulas gerais.

O fato de o legislador ter "deixado de fixar o comportamento ou o resultado que entendia melhor não significa em absoluto, que tenha delegado ao juiz o poder de escolher indiferentemente qualquer solução"⁵⁵.

É necessária, na interpretação das cláusulas gerais, uma liberdade do juiz, abrindo caminho para a criatividade e para o dinamismo da norma de acordo com as exigências do mundo pós-moderno, mas, desde que, esteja pautada na lei, como ocorre no exercício do Poder Geral de Cautela do Juiz, o qual depende dessa margem de liberdade para aferir no caso concreto a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de acordo com a autorização do artigo 798 do Código de Processo Civil.

Sobre o exercício de uma liberdade vinculada Mauro Cappelletti⁵⁶ destaca que:

O juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial, tanto processuais, quanto substanciais*.

A seguir tratando dos limites processuais e substanciais, acentua o citado jurista que, quanto aos primeiros, o juiz deve ter uma atividade passiva, ao contrário do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, necessitando, portanto de um autor, "cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional"⁵⁷; já no que concerne aos limites substanciais, inclui os precedentes judiciais, opiniões de juriconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos etc, os quais variam de época para época, mas que sujeitam o juiz a sua observância.⁵⁸

Importante ressaltar que, o processo não pertence ao juiz, mas às partes que buscam a tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de satisfazer o seu interesse material, uma vez que, lhe é vedada a autotutela, por isso é dado ao Poder Judiciário uma gama de métodos que

⁵⁵ TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**, p. 77.

⁵⁶ **Juízes legisladores?**, p. 24.

⁵⁷ Op. cit., p. 76.

⁵⁸ Op. cit., p. 24.

visam possibilitar o atendimento do interesse da parte, daí a necessidade do exercício da criatividade por meio de uma liberdade concedida por lei.

Essa liberdade não tem relação com a discricionariedade como exercida pela administração pública, pois ainda que existam várias possibilidades em abstrato, o juiz ao criar a norma de decisão somente poderá adotar um posicionamento válido, pois este dependerá da composição dos elementos fáticos ao comando normativo.

Assim, em se tratando de cláusulas gerais, a liberdade criativa, estaria limitada pela própria lei, restrita à expressão que necessita da interpretação para a aplicação ao caso concreto, garantindo as partes o conhecimento das opções que o julgador tem na condução do processo, uma vez que, o julgador é independente e equidistante das partes, mas deve, perante estas, demonstrar certa previsibilidade.

Essa certa dose de previsibilidade culmina na segurança jurídica e não consitui o “congelamento” ou “engessamento” da atividade jurisdicional, pois com as constantes mudanças sociais e políticas, a visão do julgador deverá se amoldar às novas concepções já aceitas pela sociedade, como preconizado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB); desta forma, estará o julgador ampliando os limites de uma cláusula geral de acordo com a época em que há a provocação do Poder Jurisdicional do Estado, mas ainda assim, cumprindo o comando legal.

Nesse sentido, o juiz “deve pautar-se, precipuamente, pelo critério da legalidade estrita (e só excepcionalmente pela equidade, nos casos em que seu emprego venha autorizado: CPC, arts. 126, 127; lei 9.099/1995, art. 6º)”⁵⁹.

Observa-se que, a liberdade que se concede ao Poder Judiciário tem vinculação direta à lei, como a principal fonte e na falta desta, na observância de demais formas de integração do direito, afastando-se do arbítrio, mas sem negar certa dose de criatividade.

A discussão doutrinária sobre o tema se dá pela ausência de uma terminologia própria para essa criatividade do juiz no exercício do Poder Jurisdicional⁶⁰; contudo, conclui este estudo que, a ausência de uma expressão própria, não deve servir como justificativa para o desvirtuamento da atividade típica do juiz de solucionar conflitos, adotando-se uma teoria própria do direito administrativo.

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**, p. 361.

⁶⁰ Embora critique a discricionariedade judicial, entendendo que a definição de discricionariedade retiraria das partes o controle sobre as decisões, destaca a autora que o problema estaria no uso da terminologia, pois a realidade da administração pública é diferente da do julgador; assim, conclui que o fenômeno jurídico da criatividade judicial deveria ser identificada com um nome diferente (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**, p.180).

Dessa forma, considerando o introito deste, no qual se destaca a sociedade clamando por juízes mais ativos, até mesmo rebeldes diante das inúmeras transformações a que a sociedade passa, é contraditória a vedação a algum tipo de criatividade; o que se repudia é a inexistência de qualquer controle a esta ou o seu exercício divorciado de qualquer autorização legal, pois isso caracterizaria o arbítrio.

Uma tendência é que haja um maior envolvimento da sociedade na criação da norma de decisão, criando uma verdadeira “jurisdição compartilhada”⁶¹; afinal, se é possível à sociedade a participação política, porque não possibilitar a intervenção na criação do direito pela decisão judicial? Este pode ser o próximo passo na evolução do Poder Jurisdicional; contudo, enquanto isso não ocorre, o manuseio das cláusulas gerais para a composição do nosso ordenamento jurídico concede ao juiz, na medida certa, o poder de adequar o direito às situações correntes no mundo, sendo a lei o seu próprio limitador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morosidade do legislador diante das rápidas transformações da sociedade nas mais diversas searas possibilita ao juiz, no exercício da sua atividade típica de julgar, uma atitude mais dinâmica, contemporânea aos anseios da sociedade ou ao menos é o que se espera desse personagem importante na estrutura do Estado.

Por diversas frentes a sociedade conclama a modernização do Poder Judiciário, o qual ainda mantém uma estrutura de séculos passados, mesmo num ambiente em que o acesso ao judiciário foi democratizado.

Assim, não basta simplesmente a adoção de métodos mais céleres para o fornecimento da prestação jurisdicional, é necessária que a solução esteja em consonância com a nova realidade política, social e tecnológica, caso contrário daremos ensejo a celeridade da injustiça.

Dessa forma, dada a impossibilidade de prever todas as situações concretas, o legislador concedeu ao juiz a liberdade na interpretação de normas com conteúdo, vago, impreciso ou fluído, identificadas em sentido *lato* como cláusulas gerais.

É essa margem de liberdade que possibilitou o acolhimento jurídico de situações antes consideradas imutáveis e por isso sem sintonia com o “dever ser”, como se verifica na nova concepção de família, aceitas pela sociedade civil, mas marginalizadas pelo legislador

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**, p. 371.

até o advento da Constituição Federal de 1988; a atenuação da rigidez do princípio da obrigatoriedade das convenções, por meio da aferição da lealdade dos contratantes (boa-fé) e da função social do contrato; adequação da definição de função social da propriedade à realidade da época em que vivemos, evitando o uso abusivo desse direito real e protegendo aqueles que dão efetividade a essa característica da propriedade; etc.

Na falta de uma definição própria ao Poder Jurisdicional sobre o tema, buscou-se justificar a liberdade concedida ao juiz, comparando-a com a atividade do administrador no exercício do dever de discricionariedade, mas, enquanto este último deve adotar a melhor solução – diante de uma pluralidade de possibilidades – ao juiz, somente caberá uma decisão correta para o caso concreto, caso contrário a atividade jurisdicional daria margem a um sentimento de insegurança jurídica diante da imprevisibilidade da atuação do julgador.

Desta forma, entende-se que, a liberdade concedida pelo legislador favorece a criatividade judicial, porém, dotada de certa previsibilidade, não devendo ser acolhido o exercício do dever de discricionariedade nos moldes da administração pública, tendo em vista que o juiz não está diante de um juízo de oportunidade e conveniência.

Observou-se que, essa necessária e bem-vinda criatividade judicial constitui um instrumento da interpretação do texto legal para trazer maior efetividade na solução dos conflitos, a qual não culmina na atividade própria de legislar, uma vez que, o juiz está vinculado à observância da legalidade, devendo proferir a única sentença cabível no caso concreto.

Para o exercício dessa criatividade, as cláusulas gerais são interpretadas pelo juiz em atenção aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (artigo 5º da LINDB); assim, embora o legislador empregue signos dependentes da criatividade do juiz, sua atuação se atém ao objeto trazido pelas partes litigantes e dentro dos limites substanciais impostos pelo ordenamento jurídico.

A imposição e observância de limites evita que se estabeleça um poder dos juízes, desvinculado, arbitrário e isento de qualquer controle; afinal se por um lado há o controle judicial sobre o exercício do dever de discricionariedade pela administração pública, quem funcionaria como órgão controlador de eventual atuação discricionária do Poder Judiciário?

Essa discussão acerca da liberdade do julgador na sociedade contemporânea demonstra a quebra de paradigmas sobre o modelo de estrutura administrativa e funcional dos três Poderes, havendo uma necessidade patente de adequação às exigências da pós-modernidade, o que, contudo, não significa o abandono completo de ferramentas de controle,

de freios e contrapesos para se evitar uma “ditadura” do executivo, do legislativo ou mesmo do judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Revista Sequencia, [UFSC]. Florianópolis: n° 57, p. 131-152, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5ª ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos A. Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, 3ª ed., 3ª tir., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional. Um contributo à construção do Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito*. 2ª ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23ª ed., 2ª tir., atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*, 2ª ed. Campinas: Millennium, 2008.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Del Farra; BENACCHIO, Marcelo. *A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa. Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: UNOESC, p. 377-393, 2012.

SACCONI, Luiz Antonio. *Grande dicionário Sacconi da língua portuguesa. Comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do código civil. As normas de tipo aberto e os poderes do juiz*.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.