

# CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais

Júlio César Bernardes<sup>1</sup>  
João Batista Thomé<sup>2</sup>

## Resumo

*Este artigo tem como objeto as decisões judiciais amparadas pelo ativismo jurídico, pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados. Propõe-se analisar a legitimidade democrática de decisões judiciais que invadem a esfera de competência do Legislativo e do Executivo. Verifica-se que a transformação da sociedade determina a atualização dos paradigmas de direito, o que ocorre pelos precedentes jurisprudenciais e pelo exercício da interpretação constitucional das normas positivadas. Esse trabalho de interpretação constitucional, longe de ser simples subsunção da norma ao fato, origina o poder criativo do juiz. Será utilizado o método indutivo e de pesquisa bibliográfica, principalmente com pesquisa de doutrina nacional e estrangeira.*

**Palavras-Chave:** Ativismo Judicial. Democracia. Cláusulas gerais. Conceitos jurídicos indeterminados.

## Abstract

*This article is about the judgments supported by legal activism, the general clauses and the indeterminate legal concepts. Is proposed to analyze the democratic legitimacy of judicial decisions that encroach upon the powers of the Legislative and Executive. It is found that the transformation of society determines the update of the paradigms of law, which occurs by precedents and by the exercise of constitutional interpretation rules positivadas. This work of constitutional interpretation, far from simple subsumption of the standard actually causes the creative power of the judge. Will use the inductive method and literature, especially with research national and foreign doctrine.*

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (Conceito 5 CAPES), com Área de Concentração em Fundamentos do Direito Positivo e linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Mestrando no *Máster de Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Univerdade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP (2008), possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2002). Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná (2008/2009), Coordenador de Curso da extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina em Criciúma-SC e docente da Universidade do Sul de Santa Catarina, atuando nas áreas do Direito Público e Privado. Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Conceito 5 CAPES); Especialista em Responsabilidade Social pela UNIVILLE ; Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE; Assistente de Promotoria do Ministério Público de Santa Catarina; Professor de Curso de Pós-Graduação na Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE; Presidente do Comitê de Responsabilidade Social da UNIVILLE; Consultor para o 3º Setor nas áreas de Gestão Institucional, Captação, Capacitação e Gestão de Voluntários, e Captação e Mobilização de Recursos; Articulador Regional Adjunto da Região Sul do Movimento Nacional pela Cidadania e Solidariedade; Coordenador de Mobilização do Movimento Nacional pela Cidadania e Solidariedade - Santa Catarina e Vice-Coordenador do Comitê do Movimento Nós Podemos Joinville.

**Keywords:** Judicial Activism. Democracy. General Provisions. Vague legal concepts.

## 1 INTRODUÇÃO

O legislador brasileiro, em razão da constante modificação das relações sociais, as quais influenciam o pensamento jurídico, tem se utilizado, como técnica legislativa, do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.

Exemplo recente da utilização dessa técnica legislativa é o Código Civil vigente, que se norteou por três princípios - socialidade, eticidade e operabilidade – adotando o emprego das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, com a finalidade de tornar mais duradoura a aplicação da norma em virtude das modificações sociais, culturais e econômicas ocorrentes na sociedade brasileira. A socialização das relações privadas amparada pelas cláusulas gerais da função social da propriedade e do contrato corroborou para o aumento da intervenção judicial nos negócios jurídicos regulados pelo direito privado, os quais, por expressa disposição legal (art. 2.035, parágrafo único, do CC), não podem contrariar preceitos de ordem pública, como os elencados acima.

De outro norte, no direito público, observa-se uma aproximação entre a política e o direito, como se verifica na atuação ativista dos juízes ao garantirem, por exemplo, o fornecimento de remédios ou tratamentos médicos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, ou ainda, em decisões que, de certo modo, invadem as competências funcionais dos poderes legislativo e executivo.

Partindo-se da premissa que as chamadas cláusulas gerais, semelhantes aos conceitos jurídicos indeterminados, são enunciados normativos cujo conteúdo é indeterminado, possibilitando ao intérprete adaptá-la ao caso que lhe é apresentado, em razão do contexto social, econômico, político e cultural de determinada localidade, questiona-se se estariam hoje os juízes exercendo papel de legisladores ao aplicarem esses institutos ou proferirem decisões ativistas.

Admitindo correto o parágrafo acima, considerando que o juiz não foi eleito pelo processo democrático de escolha para legislar (democracia representativa), questiona-se ainda se as decisões judiciais amparadas pelo poder criador das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e do ativismo jurídico teriam legitimidade democrática.

O juiz contemporâneo não é simples “boca da lei”, ele realiza forte trabalho intelectual de interpretação e integração das normas e esse procedimento, que não se esgota na subsunção da lei ao fato, é impregnada de subjetividade, porque o juiz a realiza em conformidade com seus valores éticos, culturais, morais, econômicos entre outros.

A partir dessas hipóteses, pretende-se com este trabalho realizar um estudo sobre o poder criativo do juiz na atuação ativista e na aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo relação com a legitimidade democrática dessas decisões judiciais.

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi o indutivo, mediante pesquisa bibliográfica sobre o tema.

## 2 O PODER CRIADOR DOS JUÍZES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Muito se discute, no campo acadêmico, sobre o poder criativo<sup>3</sup> ou criador do juiz na aplicação da lei ao caso concreto, em especial, em sua função hodierna de interpretar e integrar o direito positivado. Longe de ser uma função mecânica e autômata, porque na aplicação desse direito positivo, sabido, o juiz, como ser humano que é, suscetível a erros e imperfeições, credita forte carga valorativa nesse exercício, de acordo com os valores éticos, morais, sociais, econômicos, culturais, políticos, enfim, conforme sua capacidade de percepção do mundo.

Esse poder criativo do juiz no julgamento, diriam alguns, está associado à insegurança jurídica, em virtude da ampliação de possibilidades de resultados disponíveis. Especificamente, em determinados casos, como se abordará no presente trabalho, não há lacunas, não há pontos omissos, pois o legislador optou pela técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados - como ocorre no Código Civil -, em vista a multiplicidade de eventos que ocorrem na evolução da sociedade.

Com efeito, as relações sociais não são estáticas, inertes, estão em constante evolução, e por tal motivo o direito deve acompanhar essa mudança de paradigma.

A modificação das relações sociais e econômicas, das políticas de estado, do processo cultural e ambiental da população ao passar dos tempos, gerou certa indefinição dos comandos normativos, o que fez ampliar o poder do juiz ao aplicar tais normas. Esse exercício de aplicação da lei distancia-se da simples subsunção, na qual o juiz emprega o enunciado normativo, após um processo de escolha e interpretação, adequando o fato à norma vigente a fim de solucionar a lide.

Em outros, há no processo uma conduta proativa do juiz, que interfere na competência funcional dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de aplicar a Constituição a casos não expressamente inseridos em seu texto à mingua de legislação infraconstitucional.

Não longe do embate sobre o ativismo judicial, que é motivo de críticas por parte da comunidade acadêmica, existem questionamentos acerca da legitimidade desse poder criativo do juiz ao aplicar a lei. Sustenta-se não possuir o magistrado legitimidade para desempenhar essa função criadora, porquanto não foi escolhido pelo povo, pelo processo democrático das eleições, para atuar como se legislador fosse<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> De acordo com o dicionário Houaiss, criatividade pode ser definida como "a qualidade ou característica de quem [...] é criativo; inventividade; inteligência e talento, natos ou adquiridos, para criar, inventar, inovar" (HOAUISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001). Neste trabalho, utilizaremos o termo "poder criativo" ou "poder criador" para definir a atividade de o juiz interpretar o ordenamento positivo, seus princípios, aplicando-os no julgamento dos fatos que lhes são apresentados.

<sup>4</sup> Bobbio, ao comentar sobre a democracia moderna, revela preocupação no sistema democrático atual, porque ele é formado por grupos formados por sindicatos, associações, agremiações e grupos de pessoas com interesses comuns, que elegem seu representante a fim de defender seus interesses particulares do grupo, afastando-se dos interesses da nação. Segundo Bobbio "[...] Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos). O modelo ideal da sociedade democrática era aquele de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é a de

Em tempos atuais, é inevitável a interação entre a política e o direito, como se verifica na atuação ativista dos juízes ao garantirem, por exemplo, vagas em escolas ou creches ou o fornecimento de remédios ou tratamentos médicos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, ou ainda, em decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram da fidelidade partidária; da verticalização das coligações partidárias; da cláusula de barreira e, ainda, da ficha limpa.

Não se pode esquecer também a criação das súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, algumas delas com a legitimidade questionada pelos juristas, seja pela matéria ou mesmo pela escassez de precedentes, como a que tratou da restrição ao uso de algemas, sob o argumento de que ela se basearia em um único precedente, pois a Constituição da República exige reiteradas decisões (CF, art. 103-A), de modo que, nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, com a edição de súmulas vinculantes cujo teor não tenha reiterados precedentes, estaria exercendo um papel normativo, próprio do Poder Legislativo.

Nos casos apresentados acima, verifica-se que esse poder criativo dos juízes, de certo modo, tem origem na omissão dos demais poderes. Contudo, os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, não são, ao contrário dos membros do Poder Legislativo e Executivo, representantes eleitos do povo. Com base nesse discurso, apontam alguns que a atuação ativista do Poder Judiciário sobrepõe-se à dos agentes políticos investidos pelo voto popular, o que é denominado pela doutrina de “dificuldade contramajoritária”.

O Estado Liberal sagrou-se positivo, no aspecto jurídico, por romper o paradigma anterior, fortalecendo o princípio da legalidade e, por consequência, a segurança jurídica, fazendo governantes e governados respeitarem a lei e a constituição, independentemente de seus títulos e poder aquisitivo. Uma das conquistas da Revolução Francesa foi justamente a obediência a leis produzidas por um legislativo independente, eleito pelo povo.

No Brasil, na elaboração do Código Civil de 2002, ao contrário do Código Civil de 1916, o legislador optou por um sistema aberto de enunciados normativos, tornando, em regra, a codificação móvel, no sentido de possibilitar a aplicação da lei civil por um período mais duradouro. E para alcançar esse objetivo, seguindo as linhas de orientação do novo código (eticidade, operabilidade e sociabilidade), utilizou-se da técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados - conceitos vagos ou imprecisos -, nos quais há a possibilidade de o juiz adequar os institutos jurídicos à mudança das relações sociais.

No conceito jurídico indeterminado, que difere da cláusula geral, o conteúdo da norma é vago e incerto, deixando ao arbítrio do juiz adequar o conceito do termo de acordo com o contexto histórico, social, moral, ético, cultural e econômico<sup>5</sup>.

---

uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo do estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos, é pluralista. [...] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000, p. 35.

<sup>5</sup> Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, os conceitos jurídicos indeterminados manifestam vaguidade em seu conteúdo, de forma a não ser possível, a priori, apontar-lhes a extensão denotativa. [FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 07].

Nessa toada, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados amplia o poder criativo dos juízes, afastando-os do princípio da estrita legalidade, já que o conceito do termo indeterminado será proferido pelo julgador. Entre os exemplos mais comuns estão os termos “vícios ocultos”, “bons costumes”, “boa-fé”, “perigo iminente”, “divisão cômoda”, “bem comum”, “probidade” e “pudor”.

Bem por isso, afirma-se que a percepção individual de cada magistrado – percepção do mundo, dos fatos que lhes são apresentados, dos valores morais e éticos - será imprescindível para conceituar tais termos, implicando interpretações não unânimes e muitas vezes totalmente diversas, embora pareça simples exercício jurisdicional.

Nesse aspecto, recordam-se as diversas interpretações que deram os Tribunais de Justiça, os Tribunais Superiores (STJ, TST, STM), o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça sobre o termo “atividade jurídica”, incluído na Constituição da República pela Emenda 45/2004, como pressuposto para a inscrição em concurso público para a carreira da Magistratura<sup>6</sup>.

A função do conceito jurídico indeterminado é conceder ao juiz maior espaço para adequar o termo vago ao caso que lhe é apresentado, conforme as circunstâncias de cada lide, dos aspectos do objeto e da causa de pedir e das peculiaridades de cada parte do processo, o que possibilita aplicar a referida regra a casos não previstos pelo legislador e por espaço de tempo maior que as normas fechadas, já que essa adequação entre o termo vago e o fato é realizada pelo juiz no momento em que este profere a decisão judicial, levando em conta os aspectos sociais, econômicos, culturais, morais e éticos de determinado contexto histórico.

De outro norte, nas chamadas cláusulas gerais, o legislador, de forma propositada, deixa o conteúdo do enunciado normativo indeterminado, possibilitando ao intérprete, na aplicação da lei ao caso concreto, uma adaptação entre o sistema jurídico fechado e o contexto social, econômico, político e cultural de determinada localidade.

Sobre o tema Judith Martins Costa aponta que:

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito - pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>7</sup> MARTINS COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção" as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao#ixzz2IMq39bWo>. Acesso em 16/01/2013.

O Código Civil de 2002 destacou-se pela socialização do direito privado, e entre as principais cláusulas gerais adotadas por ele estão a boa-fé objetiva<sup>8</sup>, a função social do contrato<sup>9</sup> e a função social da propriedade<sup>10</sup>.

Como se observa, a cláusula geral confunde-se com o conceito jurídico indeterminado pela vagueza legislativa de ambas. Contudo, na cláusula geral, o juiz, além de fixar o dispositivo vago, deve aplicar a regra jurídica fornecida pela norma, porque, usualmente, as cláusulas gerais são princípios, regras de direito. Logo, nos conceitos jurídicos indeterminados, o juiz apenas preenche valorativamente o termo vago, aplicando a norma jurídica já explicitada pelo legislador - a consequência jurídica já está previamente determinada pela lei -, enquanto nas cláusulas gerais o juiz preenche valorativamente o termo vago e aplica o princípio estabelecido pela mesma norma - nesse caso, o juiz apresenta a consequência jurídica do fato que lhe é exposto na conformidade da cláusula geral -.

Nesse sentido, Rodrigo Mazzei pontua que:

Os pontos de diferença e convergência entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados permitem que igual expressão vaga possa funcionar de ambas as formas, ou até mesmo como princípio, dependendo nas duas primeiras hipóteses da delimitação fixada e da função que o conceito vago irá ter. Portanto, a mesma expressão abstrata dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral do direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. boa-fé para a aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária - cc. 1.238 e 1.260) ou cláusula geral (boa-fé nos contratos - cc. 422)<sup>11</sup>.

Argumenta-se que aplicação dessas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelos juízes é forma de criação do direito.

Nesse ponto, lembre-se que em mensagem enviada ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908, assim se expressou o presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia

<sup>8</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>9</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 2035 [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>10</sup> Art. 1.228, § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

<sup>11</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIN, Thereza. (Orgs). **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83-84.

econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.<sup>12</sup>

Na atividade de interpretação judicial há certo grau de criatividade, que não se confunde com arbitrariedade – total liberdade do intérprete –, mas sim discricionariedade, já que o juiz ao criar o direito está sujeito a limites processuais e substanciais, como a constituição, a lei, aos precedentes jurisprudenciais, os princípios e os valores fundamentais<sup>13</sup>. Logo, o princípio da legalidade não é elemento imprescindível do ato de julgar, pois o ordenamento jurídico permite ao julgador utilizar a equidade na forma dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, valendo-se de critérios próprios de justiça. E sobre esse poder criador Cappelletti esclarece que:

Deve ser firmamente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.<sup>14</sup>

No mesmo norte, porém de forma mais intensa, estão as condutas pró-ativas de juízes, desembargadores e ministros ao efetivarem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como construir uma sociedade justa, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB, art. 3º, I, III e IV), concretizando direitos fundamentais, como saúde, moradia, educação, meio ambiente equilibrado, etc. O Poder Judiciário brasileiro, atualmente, representa papel de destaque no cenário nacional, ao promover transformações sociais há muito esperadas pelo povo.

O ativismo judicial é apontado pela doutrina como a postura proativa do Poder Judiciário que se sobrepõe de forma significativa nas opções políticas dos Poderes Legislativo e Executivo. O surgimento do ativismo judicial ocorreu com decisões da Suprema Corte norte-americana ao implementar o controle judicial da constitucionalidade das leis federais, destacando-se que nas primeiras décadas do século XX o ativismo da Suprema Corte assume posição conservadora<sup>15</sup>.

Sobre o conceito de ativismo judicial, que não se confunde com judicialização da política, Barroso destaca que está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos outros dois Poderes, cuja conduta ativista se manifesta pela:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 5.

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 23/24.

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 26.

<sup>15</sup> PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 132.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: [http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_S\\_elecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_S_elecao.pdf). Acesso em: 02/01/2013.

Já a judicialização da política está associada ao julgamento, pelo Poder Judiciário, de determinados assuntos de repercussão política, pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Em tais casos, embora a relevância e repercussão política da matéria aponte que deva ser decidido pelos poderes políticos regularmente eleitos pelo povo - executivo e legislativo - , o Poder Judiciário é provocado a se manifestar (princípio da inércia), como nas ADINs, e o faz nos limites dos pedidos formulados (princípio da congruência), ou seja, não se trata de um exercício deliberado de vontade política.

Nesse sentido, Barroso destaca que:

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente<sup>17</sup>.

Ressaltadas as diferenças conceituais entre ativismo judicial, judicialização da política, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, resta discorrer sobre a legalidade e a legitimidade, do ponto de vista democrático, da utilização, pelo Poder Judiciário, desses institutos.

Isso porque, sustenta-se que o método de solução de conflitos por meio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, por sua abrangência, afrontaria o princípio da legalidade, havendo, ainda, fortes argumentos de que esse poder criador afronta a separação dos poderes e, por consequência, o primado da soberania popular, expressa por seus representantes eleitos.

O problema entre poder e legalidade remonta à antiguidade com a seguinte indagação: “é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?”. Platão tratou do tema e para diferenciar o bom governo do mau governo, diz: “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [o Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam das às cidades”<sup>18</sup>.

Por sua vez, Aristóteles questiona saber se é “mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores” e como argumento favorável a legalidade enuncia a seguinte máxima: “A lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana”.

Bobbio, ao discorrer sobre o tema, destaca:

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: [http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_S\\_elecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_S_elecao.pdf). Acesso em: 02/01/2013.

<sup>18</sup> *apud* BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 96.



A supremacia da lei com respeito ao juízo dado caso por caso pelo governante (o *gubernator* platônico, que salva os companheiros nos piores momentos, "não escreve leis escritas mas fornece como lei a sua arte" [Político, 297a]) repousa em sua generalidade e em sua constância, no fato de não estar submetida à mudança das paixões: este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao *tópos* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão. Um dos eixos da doutrina política medieval é a subordinação do príncipe à lei, segundo o princípio enunciado de forma aforística por Bracton: "*Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*" [*De legibus et consuetudinibus Anglice*, I, 8. 5]. Na tradição jurídica inglesa o princípio da subordinação do rei à lei conduz à doutrina do *rule of law*, ou governo da lei, fundamento do Estado de direito entendido, na sua acepção mais restrita, como Estado cujos poderes são exercidos no âmbito de leis preestabelecidas. [...] <sup>19</sup>

De outro norte, o elemento negativo da legalidade está exatamente na sua generalidade, porquanto a lei não pode prever todos os casos possíveis e acaba, de tal modo, por exigir a intervenção do governante ou, na omissão deste, do magistrado, a fim de conceder a cada cidadão o que lhe é devido.

Segundo Bobbio, Aristóteles ao utilizar a expressão "sem paixões" quer demonstrar que onde o governante respeita a lei não pode fazer valer as próprias preferências pessoais em detrimento ao coletivo. Nessa lógica, o respeito à lei impede que o governante exerça o próprio poder parcialmente, em defesa de interesses privados. Finaliza afirmando que "Enquanto o primado da lei protege o cidadão do arbítrio do mau governante, o primado do homem o protege da aplicação indiscriminada da norma geral — desde que, entende-se, o governante seja justo" <sup>20</sup>.

Partindo-se dessa premissa, pode-se argumentar que a obediência estrita às leis pelos juízes é condição *sine quo non* para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, a fim de evitar decisões judiciais eivadas de arbitrariedade e em defesa de interesses particulares.

E o que contemplaria o termo "democracia"?

Não há consenso, havendo divergências entre os teóricos. Na política atual considera-se algo positivo, porém, como lembrado por Wolff, a democracia foi adotada por alguns regimes pouco democráticos, como, v.g. a República Democrática da Alemanha, da Segunda Guerra Mundial. Todavia, a primeira contradição está no entendimento de que a democracia é um regime no qual prevalece a regra "da maioria" <sup>21</sup>.

Para instigar o pensamento crítico, sugerimos refletir a seguinte hipótese: Em uma cidade, após audiência pública sobre o plano diretor do município, 51% dos habitantes concordaram com a construção de uma fábrica cujos níveis de ruído emitidos sejam considerados prejudiciais à saúde humana. Amparando-se apenas pelo fundamento numérico, tal medida seria uma decisão democrática, porque respeitada a opinião da maioria, ainda que essa maioria não resida nas proximidades da futura fábrica ou mesmo não seja prejudicada com a referida construção.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 96.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 167/168.

<sup>21</sup> WOLFF, Jonathan. **Filosofia Política. Uma Introdução**. Traducción de Joan Verges Gifra. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 87.

Porém, ao decidir de modo contramajoritário no caso acima, utilizando como argumento a cláusula geral da função social da propriedade, o juiz garante efetividade a direitos fundamentais de minorias (direito ao meio ambiente saudável). Nessas circunstâncias, indaga-se: haveria uma decisão judicial antidemocrática?

Criticando o argumento puramente numérico, lembre-se que Tocqueville já comentava sobre a “tirania da maioria” e Jhon Stuart Mill desenvolveu semelhante raciocínio, argumentando que diante da implementação maciça de regimes democráticos era comum acreditar que se pessoas governassem segundo seus interesses então desapareceria totalmente a opressão política, pois se o povo governava a si mesmo, porque criaria leis opressivas? Contudo, necessário concordar com Wolff ao sustentar que a falácia desse discurso é crer que as pessoas são iguais, que têm os mesmos desejos e ambições, e que cada pessoa se vê afetada do mesmo modo por cada iniciativa política<sup>22</sup>.

Não obstante tais argumentos, deve-se lembrar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, II e III). Logo, toda promoção de direitos fundamentais exercida pelo Poder Judiciário, independente de legislação infraconstitucional, está amparada pela Constituição, texto esse promulgado com o consenso da maioria eleita pelo povo. Assim, a legitimidade democrática de aplicação desses objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil está apoiada embriõariamente no poder constituinte originário. Logo, não há violação à separação dos poderes e afronta à soberania popular.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modificação das relações sociais e econômicas, das políticas de estado, do processo cultural e ambiental da população, ao passar dos tempos, exige a atualização da lei, que, de regra, é atividade cujo processo demanda tempo significativo. Por esse motivo, necessário o exercício interpretativo dos juízes ao aplicar o direito contextualizando a norma positivada com as orientações constitucionais e os precedentes jurisprudenciais.

Esse exercício de aplicação da lei distancia-se da simples subsunção, na qual o juiz emprega o enunciado normativo, após um processo de escolha e interpretação, adequando o fato à norma vigente a fim de solucionar a lide. Trata-se de um poder criativo do juiz que visa efetivar os fundamentos e objetivos estabelecidos na Constituição da República.

Para aproximar a lei à realidade social do momento de sua afetiva aplicação, o Código Civil vigente adotou como técnica legislativa as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, tornando mais duradoura a aplicação da norma. Destacando-se pela socialização do direito privado, o Código Civil Brasileiro trouxe entre as principais cláusulas gerais a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a função social da propriedade.

A função do conceito jurídico indeterminado é conceder ao juiz maior espaço para adequar o termo vago ao caso que lhe é apresentado, conforme as circunstâncias de cada lide, dos aspectos do objeto e da causa de pedir e das peculiaridades de cada parte do processo, o que possibilita aplicar a referida regra a casos não previstos pelo legislador e por espaço de tempo maior que as normas fechadas. De forma semelhante, nas chamadas cláusulas gerais, o

---

<sup>22</sup> WOLFF, Jonathan. **Filosofia Política. Uma Introdução**. Traducción de Joan Verges Gifra. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 87.

legislador, de forma propositada, deixa o conteúdo do enunciado normativo indeterminado, possibilitando ao intérprete, na aplicação da lei ao caso concreto, uma adaptação entre o sistema jurídico fechado e o contexto social, econômico, político e cultural de determinada localidade.

O poder criativo do juiz no direito com apoio nessas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, argumentam alguns, gera insegurança jurídica e invasão de competência funcional de outros poderes, diante da ausência de legitimidade democrática, ferindo o princípio da separação dos poderes. Isso porque, não foi o juiz escolhido pelo processo democrático das eleições para criar leis e executar as atividades funcionais do Poder Executivo.

Todavia, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, II e III). Logo, toda promoção de direitos fundamentais exercida pelo Poder Judiciário – e aqui se aplica a socialização do direito privado forte no princípio da função social -, independente de legislação infraconstitucional, está amparada pela Constituição, texto esse promulgado com o consenso da maioria eleita pelo povo. Assim, a legitimidade democrática de aplicação desses objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil está apoiada embrionariamente no poder constituinte originário. Em suma, não há violação a separação dos poderes e afronta à soberania popular.

#### 4 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. 3. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra,, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. *In*: ALVIN, Arruda; ALVIM, Thereza. (Orgs). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

<[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 02/01/2013.

MARTINS COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção" as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao#ixzz2IMq39bWo>>. Acesso em 16/01/2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. *In*: **Temas de Direito Processual** - 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa**: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003, 84p.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. RJ-SP: Editora Renovar, 2003.

WOLFF, Jonathan. **Filosofía Política**. Una Introducción. Traducción de Joan Verges Gifra. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.