

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

FACULDADE DE DIREITO – FDA

LEANDRO DOS SANTOS SILVA

ENTRE O MACHADO E A BALANÇA: uma análise da interpretação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados no Código Civil e no Código de Processo Civil e a metáfora do conto Ideias de Canário de Machado de Assis

MACEIÓ

2022

LEANDRO DOS SANTOS SILVA

ENTRE O MACHADO E A BALANÇA: uma análise da interpretação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados no Código Civil e no Código de Processo Civil e a metáfora do conto Ideias de Canário de Machado de Assis

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Beclaute de Oliveira Silva

MACEIÓ

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586e Silva, Leandro dos Santos.
 Entre o Machado e a balança : uma análise da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados no Código Civil e no Código do Processo Civil e a metáfora do conto Ideias de Canário de Machado de Assis / Leandro dos Santos Silva. – 2022.
 73 f.

Orientador: Blecaute de Oliveira Silva.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 69-73.

1. Direito e literatura. 2. Hermenêutica. 3. Conceitos jurídicos indeterminados. 4. Direito civil. 5. Assis, Machado de, 1839-1908. 6. Linguagem. I. Título.

CDU: 34:82

Folha de Aprovação

LEANDRO DOS SANTOS SILVA

**ENTRE O MACHADO E A BALANÇA: uma análise da interpretação dos
Conceitos Jurídicos Indeterminados no Direito Civil e a metáfora do conto
Ideias de Canário de Machado de Assis**

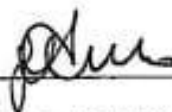
Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

Banca Examinadora:

**BECLAUTE OLIVEIRA
SILVA-AL180**

Assinado de forma digital por:
BECLAUTE OLIVEIRA SILVA-AL180
Dados: 2022.02.16 13:58:48 -03'00'

Orientador: Prof. Dr. Beclaute de Oliveira Silva



Presidente: Prof. Dr. Gabriel Ivo

**MARCOS AUGUSTO DE
ALBUQUERQUE EHRHARDT J**

Assinado de forma digital por MARCOS
AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT J
Dados: 2022.02.16 08:11:21 -03'00'

Membro: Prof. Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior

Coordenador(a) do NPE: Prof. Dr. Hugo Leonardo Rodrigues dos Santos

Dedico este trabalho a meus pais e a minha irmã, a minha noiva, Alilyane Oliveira de Araújo, e a meus amigos, José Pereira de Santana Neto, João Alexandre da Silva Barbosa e Gabriel Costa de Assis Gois.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, devo agradecer ao Grande Arquiteto do Universo e Único Senhor de todas as coisas criadas em Quem tenho me apoiado diariamente desde antes da gênese deste trabalho até sua conclusão. Que Ele continue sendo meu sustento pelos séculos sem fim.

A meus pais, Maria de Lourdes e Benedito da Silva, que fizeram o possível e o impossível para que eu tivesse uma vida de estudos melhor que a deles e, mesmo com parcas condições, sacrificaram-se diariamente para sustentar-me nesta longa jornada.

A minha irmã, Lisandra dos Santos Silva, a quem amo e sou, por isso, obrigado a dar bom exemplo continuamente.

A Alilyane Oliveira, minha noiva, a quem chamo de meu raminho de Oliveira, que esteve comigo para apoiar-me e aconselhar-me nos momentos em que pensei que não podia seguir adiante.

Aos amigos que esta faculdade me deu: João Alexandre da Silva Barbosa e Gabriel Costa de Assis Gois, os quais nunca negaram uma palavra de apoio e incentivo, e a meu irmão José Pereira de Santana Neto, a quem muito admiro não só pela sua incrível inteligência, mas, sobretudo, por seu caráter. Agradeço-lhes os conselhos e ajudas a mim dadas.

À Rede Pública de Ensino: na figura das Escolas Estaduais Dr^a. Eunice de Lemos Campos e Fernandes Lima, onde concluí parte de meu ensino fundamental e todo o meu ensino médio, seja os da Universidade Federal de Alagoas, onde pude concluir minha licenciatura em Letras (FALE) e meu Mestrado em Letras (PPGLL) e, agora, meu bacharelado em Direito.

A todos os professores que exerceram sua profissão com esmero os quais merecem todas e quaisquer homenagens e, em especial, a meu orientador, o Prof. Dr. Beclaute Oliveira, que me deu crédito e confiança. Agradeço-lhe imensamente o apoio.

*As fronteiras da minha linguagem são as
fronteiras do meu universo.*

Ludwig Wittgenstein

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como objetivo realizar uma análise crítica acerca da interpretação judicial e o problema da interpretação dos conceitos vagos no Direito Civil, seja diante de conceitos jurídicos indeterminados, seja diante de cláusulas abertas, com base nos aspectos jurídico-semânticos, e a consequente possibilidade de insegurança jurídica decorrente das interpretações judiciais diante desses textos normativos no caso concreto. Para tanto, revisitaram-se os aspectos teóricos dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas abertas, com base na doutrina e nos textos legais, utilizando as metáforas contidas na literatura machadiana presentes no conto Ideias de Canário, retirado do volume de contos **Páginas Recolhidas** (1889), para fim de refletir acerca da construção do significado de conceitos, da atividade interpretativa e da postura do intérprete. Para tanto, adotou-se a metodologia bibliográfica, a partir de contribuições da doutrina nacional e estrangeira sobre conceitos jurídicos indeterminados, princípios, cláusulas abertas, interpretação jurídica e hermenêutica; e analítica, com base nos textos legais do Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Direito e Literatura. Hermenêutica. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Direito Civil. Machado de Assis. Linguagem.

ABSTRACT

The present end-of-course paper has the objective of overview critically the issue of judicial interpretation and the problems that resulting in case of open concepts in Civil Law, either for indeterminate judicial concepts or open clauses, grounded in juridical-semantics, and outcoming possibility of legal insecurity by distinct judicial understandings in concret cases using the same normative text. Therefore, theoretical aspects of indeterminate judicial concepts and open clauses were revisited, based in doctrine and legal texts, using metaphor existing in machadiana literature presents of tale Ideias de Canário, taken from Páginas Recolhidas (1889), aiming reflect about the meaning construction of concepts, interpretive activity and interpreter's posture. Therefore, bibliografic method was adopted, beginning of the national and foreign doctrine contributions about indeterminate judicial concepts, principles, open clauses, interpretation and hermeneutics; and analytical, based in legal texts from Civil Code of 2002 and from Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Law and Literature. Hermeneutic. Indeterminate judicial concepts. Civil Law. Machado de Assis. Language.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	13
	2.1 Contexto histórico.....	13
	2.2 A Gênese da discussão: as discussões sobre os Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo.....	18
3	DIREITO, LITERATURA E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	23
	3.1 Origens do Movimento Direito e Literatura.....	23
	3.2 O conto Ideias de Canário.....	24
4	A INDETERMINAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO NO DIREITO CIVIL.....	29
	4.1 A distinção entre os tipos de textos normativos.....	29
	4.2 A presença das Cláusulas Gerais no Direito Civil.....	33
	4.3 A presença das cláusulas gerais e dos conceitos vagos no Código de Processo Civil de 2015.....	43
5	A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS VAGOS E O PODER JUDICIAL.....	45
	5.1 A Hermenêutica e a Interpretação Jurídica.....	45
	5.2 A Interpretação dos Conceitos Vagos.....	48
	5.3 O Poder Discrecional do Juiz no Processo Civil.....	51
6	O SOLIPSISMO JUDICIAL E A METÁFORA MACHADIANA.....	58
	6.1 O Solipsismo Judicial.....	58
	6.2 A Metáfora Machadiana e a interpretação judicial.....	60
7	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, observa-se um preocupante e complexo cenário, no qual se verifica certa flexibilização dos direitos, sobretudo aqueles plasmados na própria Constituição Federal. Grande parte dessa maleabilidade decorre principalmente da interpretação judicial. Diante de conceitos vagos presentes no nosso ordenamento jurídico, o intérprete ganha certo grau de poder para a criação de normas por meio do processo interpretativo, ao construir seu significado aplicando-o ao caso concreto. Diante disso, é imperioso questionar o papel de intérprete das normas jurídicas do operador do Direito, no que tange à atribuição de sentido dado às normas nos casos concretos.

Pensando nisso, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar, com base nos aspectos jurídico-semânticos, a presença dos conceitos indeterminados e das chamadas cláusulas abertas no Código Civil de 2002 e no de Código de Processo Civil de 2015, e a consequente possibilidade de insegurança jurídica decorrente das interpretações judiciais destes textos normativos no caso concreto. Para tanto, revisitaram-se os aspectos teóricos dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas abertas e a doutrina, utilizando a metáfora presente no conto Ideias de Canário, publicado na coletânea de contos intitulada Páginas Recolhidas, publicada em 1899 e escrita por Machado de Assis, para refletir acerca da interpretação jurídica, da criação de significados e do papel do intérprete, bem como da consequência do solipsismo judicial, o qual pode decorrer do maior grau de liberdade dado ao intérprete diante de termos cujo conteúdo e significação contenham maior grau de abstração.

A ideia deste trabalho surge primeiramente do contato com a literatura machadiana obtido das experiências pessoais no curso de Letras, bem como da leitura de um artigo do Prof. Lênio Streck, intitulado “Direito e Literatura em Cinco Obras”, publicado na edição nº 444 da Revista IHU-Online do Instituto Humanitas Unisinos, no qual o autor traz um olhar jurídico em clássicos da literatura mundial, dentre eles o conto machadiano em questão.

O objeto principal deste trabalho serão os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas, os quais soem ser objeto constante de análise no ramo administrativo, mas que também estão presentes no ramo do Direito Civil e do Direito Processual Civil, e o processo de construção semântico-interpretativa, que se tem atribuído a tais conceitos ao longo dos anos e se utilizará da metáfora machadiana para realizar um diálogo entre Direito e Literatura, trazendo a lume as possíveis leituras do conto e aproveitando suas metáforas para realizar a análise do objeto principal.

A ampla gama de utilização da técnica legislativa de conceitos abertos na seara do Direito Civil e Processual, seja por meio das cláusulas abertas, seja por meio de conceitos jurídicos indeterminados, traz a lume uma preocupação quanto à segurança jurídica diante do amplo poder conferido ao juiz na hora da fixação do conteúdo normativo no caso concreto.

A tendência de o legislador, cada vez mais, utilizar-se de conceitos vagos faz com que o poder de valoração do enunciado jurídico aumente, levando a maiores cargas subjetivas por parte do aplicador. Os conceitos jurídicos indeterminados são enunciados que servem de suporte para a criação de uma norma jurídica, cujo conteúdo, ainda que possua um núcleo concreto, possui um grau maior de variabilidade quanto à sua significação.

É bem verdade que tal flexibilidade semântica é intencional, uma vez que o legislador confere a tais enunciados um poder maior de alcance às diversas e imprevistas situações fáticas futuras, sobre as quais poderão incidir tais normas. Esse grau de incerteza semântica dá ao aplicador uma margem interpretativa capaz de construir o significado da norma jurídica ao aplicá-la ao caso concreto.

A interpretação em muitos dos casos faz com que os aplicadores, ao criarem um ou vários sentidos para o conceito vago, divirjam em suas sentenças, o que gera uma preocupação com as escolhas do intérprete, o qual, em vez de partir à procura de um ou vários significados institucionais, baseados no ordenamento jurídico, muitas vezes, parece buscar por uma interpretação unicamente baseada nas suas experiências pessoais, em sua própria consciência, o que leva à construção de um significado solipsista da norma e, conseqüentemente, à insegurança jurídica e contraria as bases do Estado Democrático de Direito, pois que quando um enunciado pode significar tudo, acaba também nada significando, e o objetivo da norma acaba, por sua vez, não sendo atingido.

Para fim de analisar esse processo de construção dos conceitos jurídicos indeterminados, de sua origem e interpretação, buscar-se-á, primeiramente, analisar sua definição e o surgimento da problemática e as discussões posteriores. Isso será encontrado logo no segundo capítulo, entendendo que é extremamente necessário definir o objeto de análise e compreender as origens de tais conceitos.

Logo após, uma vez que a metáfora machadiana presente no conto supracitado é utilizada para fim de fazer uma conexão com o tema em questão, no terceiro capítulo, buscou-se esclarecer, de maneira geral, em que consiste o campo de pesquisa em Direito e Literatura, bem como expor de maneira breve o enredo do conto escolhido e realizou-se uma primeira análise do conto à luz da temática.

No quarto capítulo, fez-se um recorte epistemológico com o fito de centrar as atenções à análise de tais conceitos presentes em alguns textos normativos que regem o Direito Civil, em especial o Código Civil 2002 e o Código de Processo Civil de 2015. Ali, pôde-se esclarecer a distinção entre os tipos de textos normativos, analisando regras e princípios e apresentando as definições de cláusulas abertas, bem como diferenciando-as dos termos jurídicos indeterminados.

No quinto capítulo, as atenções se voltaram especificamente à interpretação de tais conceitos e ao poder judicial conferido pelo legislador ao intérprete, utilizando a metáfora machadiana para realizar algumas reflexões com relação ao papel do intérprete, seus poderes e limites.

Por fim, o sexto e último capítulo foi dedicado à análise da metáfora machadiana no que tange ao processo de construção do sentido dos textos indeterminados, ao papel do intérprete nesse processo e ao solipsismo judicial e seus perigos.

Este trabalho parte, pois, da hipótese de que a utilização de métodos interpretativos lastreados na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo sistêmico, bem como a utilização da doutrina dos precedentes e dos princípios da coerência e da integridade são meios adequados para tentar evitar a insegurança jurídica na construção do sentido da norma no caso concreto, garantindo um processo satisfatório às partes litigantes e que o conto machadiano intitulado Ideias de Canário fornece metáforas capazes de traduzir alguns conceitos que aqui serão abordados.

A ideia é tentar trazer a lume de maneira crítica uma forma de garantir que os conceitos jurídicos indeterminados sejam interpretados e compreendidos de forma mais transparente e institucional, considerando o ordenamento jurídico como um todo, garantido às partes a manutenção da Segurança Jurídica, princípio fundamental de todo processo que tramite em um Estado Democrático de Direito.

A metodologia adotada foi bibliográfica, a partir de contribuições da doutrina nacional e estrangeira sobre conceitos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas abertas; e analítica, com base nos textos legais do Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil de 2015, na doutrina e no texto de Machado de Assis, retirado da coletânea Páginas Recolhidas.

2 OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1 Contexto histórico

Com base na máxima de que Direito se manifesta através da linguagem e que esta é entendida como um sistema de signos que possibilita uma relação dialógica e interpretativa, não sendo possível realizar tal movimento semiótico sem antes compreender a definição do objeto, inicialmente, é mister que se faça uma breve abordagem da palavra conceito. Tal palavra, do latim *conceptio*, significando compreensão, deriva da expressão *concipere*, pegar e manter firme. De acordo com o Dicionário de Filosofia (2007) de Nicola Abbagnano, consiste em “todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis” (p. 175).

Nesse sentido, convém traçar um caminho a partir do critério temporal acerca da noção de conceito, ao longo dos séculos para compreender melhor como os filósofos têm compreendido tal vocábulo, posto que a discussão acerca da indeterminação é, antes de tudo, um problema semântico. Certo de que tal palavra tenha sido objeto de análise pelos mais variados filósofos, os quais ora convergem, ora divergem acerca da carga semântico-filosófica da palavra conceito, compreender sua significação ao longo do tempo é fundamental para que se possa refletir acerca da temática escolhida como tema deste trabalho.

Desde a Grécia Antiga, o termo tem sido tomado como conclusivo de um questionamento, não se alterando, à medida que se modificavam as perspectivas sobre o objeto analisado. O belo, o bem e o justo tornam-se, para Aristóteles, por exemplo, substâncias, realidades em si mesmas, uma vez que o ser, o objeto, a coisa não pode ser diferente do que é. Daí, por meio da indução, pode-se chegar à conclusão de que definição e conceito são essências, na visão clássica aristotélica.

Devemos dizer que tanto a definição como o que é das coisas podem ser ditos segundo múltiplos significados. De fato, o “que é” significa, num sentido, a substância e algo determinado, noutro sentido significa cada uma das outras categorias: quantidade, qualidade e todas as restantes. E assim como o “é” se predica de todas as categorias, não, porém, do mesmo modo, mas da substância de modo primário e das outras categorias de modo derivado, assim também o que é se diz em sentido absoluto da substância, e de certo modo também das outras categorias. (ARISTÓTELES, 2002, p. 299)

Embora Aristóteles compreenda definição e conceito como substância, é necessário que não confundamos conceito e definição no que tange à problemática dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. A palavra definição, com origem no latim *definitio*, do verbo

definire, significa limitar, marcar o fim. A vagueza contida nos conceitos jurídicos indeterminados parece apontar a um problema muito mais de limitar sentidos do que de substância da coisa em si, conforme veremos adiante, ao tratarmos dos conceitos indeterminados. Adiante-se, entretanto, que, a nosso ver, conceito e definição não serão tomados por sinônimas.

Se para Aristóteles conceito é substância, na Idade Média, Tomás de Aquino, em sua Suma Teológica, I, q. 13, a. afirma que “os conceitos (*intellectus*) são similitudes das coisas e isso torna evidente que as palavras referem-se às coisas a serem significadas mediante a concepção do intelecto (*conceptione intellectus*)” (AQUINO, 2016, p. 108). Nesse sentido, o conceito seria um intermediário entre as coisas e a palavra, uma espécie de operação feita pelo intelecto para poder compreender a coisa.

Como todo conhecimento é perfeito na medida em que há semelhança entre o conhecedor e o conhecido, é preciso que no sentido haja a semelhança da coisa sensível quanto aos seus acidentes, mas que no intelecto haja semelhança da coisa entendida quanto à sua essência. (AQUINO, 1990, p. 723)

Ao consultar o filósofo Immanuel Kant, percebe-se que aquilo ao qual ele chamou de *conceitos* puros, em sua Crítica da Razão Pura, constituem-se como as próprias coisas enquanto percebidas, donde se extrai que esses conceitos puros do entendimento devem determinar os objetos de uma experiência possível e assim conferir-lhes realidade objetiva.

Se, portanto, há conceitos puros *a priori*, certamente que não podem conter nada de empírico (*Empirisches*); mas têm que ser condições puras *a priori* de uma experiência possível, única base sobre a qual repousa a sua realidade objetiva (*objektive Realität*). (KANT, 2009, p. 96)

Nota-se que, ao longo dos anos, a noção de conceito, embora tenha sido remodelada, desde a Grécia Antiga até a Idade Moderna, parece seguir ratificando a noção de que sua natureza se identifica com a substância da realidade, a qual será captada pelo homem através de uma operação do intelecto, que busca captar a essência das coisas, tentando se distanciar da subjetividade. Mas é preciso observar mais uma vez que conceito e definição devam ser tomados como coisas distintas. O próprio Kant, na obra supramencionada, entende que a definição seria a relativa à limitação, a determinação do conceito, a busca pela sua clareza.

No entanto, essa noção de que o conceito está centrado no objeto passou a ser invertida com o advento de teorias subjetivistas, colocando o sujeito como senhor da natureza e do conhecimento, a exemplo da concepção cartesiana do *cogito ergo sum*.

Considerarei em geral o que é necessário a uma proposição para ser verdadeira e certa; pois, tendo acabado de encontrar uma que eu sabia ser tal, pensei que eu devia também saber em que consiste essa certeza. E, tendo observado que nisso, penso, logo existo, não há absolutamente nada que me assegure que digo a verdade, a não ser que vejo mui claramente que, para pensar, é preciso ser, julguei que podia tomar como regra geral que as coisas que concebemos de maneira muito clara e distintas são todas verdadeiras; há apenas alguma dificuldade em observar bem quais são aquelas que concebemos distintamente. (DESCARTES, 2013, p. 64)

A concepção centrada no objeto, que parece apontar para uma definição de conceito mais rigorosa, como é possível observar nas ciências exatas, parece, pois, ser superada, passando de uma noção objetiva para uma noção subjetiva, solipsista e, nesse sentido, só existem, efetivamente, o eu e suas sensações, sendo os outros entes meros partícipes de uma única mente pensante: o eu.

O conceito passa, pois, a ser resultado de um conjunto de experiências individuais e, como afirma Manfredo Araújo de Oliveira, em *A Reviravolta linguístico-pragmática da filosofia contemporânea* (2006), “[...] se a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo subjetivo” (p. 209).

Ocorre que, afastando-se da noção platônico-aristotélica, e, na impossibilidade fática de prever todas as situações merecedoras de amparo jurídico, não raramente, no mundo jurídico, o legislador opta por se utilizar de conceitos vagos, capazes de gerar incerteza quanto à sua carga semântica no momento da construção de sua significação, adotando termos jurídicos indeterminados. Essa opção por termos e expressões de natureza vaga consiste em uma técnica legislativa capaz de conferir maior flexibilidade ao sistema jurídico, dando uma impressão de que sua interpretação se aproxima da noção subjetivista do conceito indeterminado e sua definição e, portanto, personalista, não institucional. Isso seria um perigo ao ordenamento jurídico e à garantia de uma segurança jurídica ao longo do processo, uma vez que, quanto maior a subjetividade, maior seria, a princípio, a insegurança jurídica.

Na visão subjetivista, portanto, o intérprete passa a ser o dono do sentido, não mais buscando o sentido no objeto, mas construindo-o a partir de métodos hermenêuticos, conforme leciona Lênio Streck:

Nesse âmbito, o conhecimento não é “dado”. Aqui, o conhecimento é “construído” por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.

Daí que nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear como *subjetivista*.

Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito

que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que *subjetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos. (2014, p. 101)

No que tange à noção de conceitos jurídicos indeterminados, pode-se dizer que se tratam daqueles aos quais não foi conferida uma definição legal bem delimitada pelo legislador. Do ponto de vista linguístico, eles possuem certo grau de subjetividade de conteúdo, de vagueza e de falta de clareza, somente adquirindo um sentido determinado após uma interpretação do aplicador do direito, o qual deve levar em conta o caso concreto e as circunstâncias fáticas em que este ocorreu. O problema aqui não é a essência ou a substância dos conceitos, mas sim sua definição, a qual não foi estabelecida pelo legislador e necessita de ser construída pelo aplicador do Direito no caso concreto. E, para realizar essa operação, o intérprete não pode deixar de considerar o horizonte do ordenamento jurídico a fim de garantir maior segurança às partes no processo judicial.

É exatamente para esse sentido que aponta Tércio Ferraz, em Introdução do estudo do direito: técnica, decisão e dominação (1993), ao afirmar que “Um símbolo é vago quando seu possível campo de referência é indefinido; um símbolo é ambíguo, quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente intenção, isto é, manifestando qualidades diversas.” (p. 258). Ou seja, há uma indefinição intencional do legislador a qual confere maior poder ao aplicador na interpretação. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados, à primeira vista, parece ampliar o grau de discricionariedade do aplicador ou intérprete, dado o grau de subjetividade que lhe é conferido. No entanto, acerca da vagueza e da ambiguidade, salienta Beclaute Oliveira Silva (2006) que:

Na teoria da linguagem, temos o que se denomina vagueza e ambiguidade. A primeira como um problema denotativo e a segunda como problema conotativo ou designativo. O conceito (ou termo) será vago quando não houver uma regra definida para sua aplicação. Do ponto de vista denotativo há três zonas. A zona de certeza positiva – composto por objetos em que não há nenhuma dúvida em relação à inclusão no espaço denotativo –; a zona de certeza negativa – composta por objetos ou situações que não se incluem no espaço denotativo –; e a zona de incerteza – na qual existem dúvidas legítimas acerca da inclusão ou não no espaço denotativo. Luis Alberto WARAT entende que nestes casos a saída é uma definição estipuladora com o objetivo de aclarar o sentido. Entretanto, não seria possível zerar a vaguidade. Interessante notar que o controle judicial nas zonas de incerteza é parcial, já nas demais é total. No caso da ambiguidade, ocorre quando o mesmo texto designa mais de um objeto. Por exemplo, a expressão contrato serve para designar o formulário, o ato jurídico, e a relação jurídica que lhe é decorrente. Este problema é resolvido na aplicação, estipulando-se em que sentido se está utilizando a expressão. (2006, p. 177)

Nesse sentido, ainda que o conceito seja vago ou ambíguo, tal lacuna deverá ser preenchida no momento da aplicação da norma ao caso concreto, momento em que será

fixado um sentido àquela norma que, até então, estaria dotada de indeterminação. O aplicador, diante do caso concreto, busca criar os limites necessários e resolver o problema de definição, de delimitação de sentido. É aqui, portanto, que o intérprete dá um sentido à norma, delimitando, definindo o conceito e extraindo dali a norma jurídica. O intérprete não só se utiliza dos instrumentos jurídicos para fazê-lo, mas, sobretudo, dos conhecimentos linguísticos. Daí porque salientamos no início deste trabalho a ideia de que o Direito é, sobretudo, linguagem, ainda que a área específica de estudos da linguagem, a Linguística, tenha formalmente surgido depois que a área de estudos jurídicos já estava consolidada. Diz-se aqui formalmente, pois que é sabido que os filósofos, juristas e literatos desde tempos remotos já se debruçavam sobre o tema.

De fato, ainda que em sociedades ágrafas, a linguagem tem-se constituído como o meio através do qual o Direito houve-se manifestado ao longo dos milênios, pois que, não somente através da escrita isso se dá, mas também por meio da oralidade. É com base nos textos que se adentra nos temas mais relevantes e complexos da sociedade, não somente com a finalidade de regulá-los, mas para refletir sobre eles. Se é por meio da linguagem que se registram os feitos históricos de um povo e, se é por meio dela que se desenvolve uma filosofia, também é por meio dela que se constrói o Direito.

A preocupação com a linguagem utilizada fez com que a linguagem jurídica fosse cada vez mais se especializando, tornando-se mais técnica. Isso fez com que, embora não se desfizesse o âmbito jurídico da linguagem ordinária e de seus significados de maneira completa, alguns termos assumissem significados próprios dentro do campo do Direito com a preocupação de garantia de precisão semântica dos signos linguísticos adotados no âmbito jurídico.

Nesse sentido, é necessário fazer menção também à importância da Literatura nos estudos e reflexões da teoria do Direito, a qual, por se distanciar do vocabulário técnico utilizado no ramo jurídico, utilizando-se de termos muito mais comuns às pessoas não inseridas no meio jurídico, permite uma maior contextualização e compreensão de conceitos, facilitando sua compreensão.

É nesse sentido que este trabalho se aproxima da literatura, buscando no texto literário metáforas capazes de esclarecer conceitos, teses ou reflexões necessárias, principalmente, à interpretação dos textos jurídicos, em especial, àqueles os quais trazem consigo uma carga maior de indeterminação.

2.2. A Gênese da discussão: as discussões sobre Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo

Já no século XIX, antes mesmo que a Linguística se tornasse um ramo autônomo da ciência, essa preocupação com o grau de discricionariedade do Estado, na hora de aplicar o Direito, surgira, ao se verificar uma série de discussões acerca dos conceitos linguísticos indeterminados na Administração Pública. Os primeiros estudos sobre o seu conteúdo partiram de dois professores austríacos, Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner, os quais discutiam acerca da aplicação de tais conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública. Segundo André Cordeiro, em sua obra *Teoria dos conceitos jurídicos “indeterminados” aplicada ao direito administrativo* (2011), tais discussões “constituem-se as primeiras sistematizações técnico-jurídicas sobre o controle da decisão administrativa que aplica conceitos indeterminados” (p. 41).

A discussão, à época, emergia a partir da necessidade de se compreender, em razão das questões práticas, se os conceitos indeterminados formulados pelo legislador eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos. Edmund Bernatzik, em sua obra *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* (1886), levantou-se contra a doutrina majoritária da época e negou a mútua exclusão entre a livre discricionariedade e a aplicação do direito. Isso, porque, para ele, diversas categorias possuíam um nível de vagueza e uma dificuldade de apreciação tais que só poderiam ser afirmadas após um complicado processo interpretativo realizado em cadeia, o qual denominou de discricionariedade técnica. O problema que se viu diante de tal teoria foi o de delimitar quais critérios seriam seguros o suficiente para resguardar uma interpretação técnica do intérprete.

À época, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo Austríaco passou a utilizar a opinião de Bernatzik como fundamento de suas decisões, ou seja, considerava os conceitos jurídicos indeterminados como fonte de discricionariedade e, portanto, insuscetível de revisão judicial.

No caminho oposto, Friedrich Tezner afirmava que os conceitos jurídicos ao serem expostos aos casos concretos pressupunham uma cadeia de interpretação altamente complexa, independente de serem eles determinados ou indeterminados. A diferença entre ambos se dava, porque estes eram menos seguros que aqueles. Para Tezner, a doutrina dos conceitos discricionários deveria ser abandonada, pois além de ser inimiga do Estado de Direito, era cientificamente infundada e caberia ao Judiciário a fiscalização da correta aplicação dos conceitos jurídicos, fossem eles determinados ou indeterminados, para que a Administração

pública tivesse uma interpretação estritamente de ordem jurídica, protegendo assim os interesses individuais frente aos possíveis abusos do Estado, por meio da interpretação discricionária da Administração Pública. Para Tezner, portanto, os conceitos indeterminados não eram sinônimos de discricionariedade.

Este era o início do debate acerca dos conceitos indeterminados, o qual deu origem a duas correntes: a teoria da duplicidade dos conceitos indeterminados, de Bernatzik, que defendia a possibilidade de várias situações corretas para cada caso concreto, e a teoria da unicidade ou univocidade dos conceitos indeterminados, que defendia que haveria apenas uma situação correta para cada caso e esta deveria estar em conformidade com uma espécie de interpretação vinculada, não arbitrária.

Apesar de ser uma discussão bastante profícua no ramo do Direito Administrativo, os conceitos jurídicos indeterminados estão atualmente presentes em todos os ramos do Direito, conferindo ao aplicador uma margem de atuação para resolver o caso concreto. Trata-se de uma delegação expressa ao juízo para que ele exerça seu poder de interpretação, averiguando qual medida seria mais adequada.

Nesse sentido, Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (2009), afirma existir uma relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito e esta poderá ser intencional, ou seja, já estar ela presente na intenção do órgão que estabeleceu a norma; ou não-intencional, consequência da própria constituição da norma jurídica que será aplicada. Acerca deste último, afirma Kelsen

Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (KELSEN, 2009, p. 389)

Entende-se, portanto, que a escolha do intérprete por este ou aquele sentido, diante da pluralidade de significações, no momento de construir a norma com base no texto, não pode ser realizada com base em preferências meramente subjetivas, mas necessita sistematicamente de um amparo dentro do ordenamento. E, nesse diapasão, o próprio artigo 1º da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil, já orienta no sentido de que os textos ali dispostos devem ser interpretados conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Note-se que, diante de tal texto normativo, o horizonte do intérprete é ampliado para o ordenamento jurídico como um todo sistêmico, ao mesmo tempo que é delimitado por este mesmo ordenamento, pois que suas interpretações do aplicador/intérprete devem ser conformadas a ele e não basearem-se apenas em impressões pessoais.

Ao tratar desse tema, aprofundam-se as reflexões acerca do papel da interpretação do aplicador e quais parâmetros seriam por ele adotados até fixar o sentido de uma norma qualquer que possua conceito vago, ao aplicá-la no caso concreto, entendendo-se que, consoante Gadamer (2008), a “tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação” (p. 432- 433). E, portanto, é possível afirmar que a superação da indeterminação de tais conceitos só é possível com base na interpretação. Nesse sentido, afirma Beclate Oliveira Silva, em seu artigo intitulado *Dimensões da Linguagem e Efetividade dos Direitos Fundamentais* (2006),

Muito embora se alegue, como relatado por Andreas Joachim KRELL, que é possível poder discricionário no antecedente da norma, como pensa também Celso Antônio Bandeira de MELLO, na realidade, do ponto de vista lógico-semântico, não. A conduta está prevista na consequência normativa. A existência de imprecisão acerca de demarcação fática na hipótese da norma não pode ser confundida com poder discricionário, que decorre de uma permissão bilateral (P.-P) ou de uma simples permissão (P) conferida ao administrador. Cabe ao intérprete, no caso concreto, construir o sentido, mesmo que do ponto de vista semântico ele seja um conceito juridicamente indeterminado, ou, como prefere Eros Roberto GRAU, “termos indeterminados”. **Diante de termos ou de conceitos indeterminados temos um problema de interpretação e não de discricionariedade administrativa.** A interpretação antecede à construção da norma, enquanto que a discricionariedade é intranormativa, dá-se no consequente normativo. Como vaticina Eros Roberto GRAU, “a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua *aplicação*, o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica”. (SILVA, 2006, p. 175 grifo nosso).

Cabe ao intérprete, considerando a abstração da norma e o caso concreto, verificar a possibilidade de aplicação do conceito indeterminado, mas isso não pode ser confundido com um poder discricionário. Ainda acerca de tais termos indeterminados, afirma o autor supramencionado que

A densificação dos conceitos é ato volitivo, máxime quando a sua pré-compreensão não possui um sentido já sedimentado na comunidade. Esta ausência de sedimentação decorre da novidade do conceito, da complexidade fática, da disputa ideológica que envolve o conceito, dentre outros fatores. (*idem*)

A falta de uma sedimentação do sentido do conceito leva o intérprete a um problema semântico, posto que, diante do enunciado, do signo, o conceito possui seu significante, mas não está pré-constituído seu significado, cabendo-lhe interpretar, fixar um sentido. Nas palavras de Kelsen,

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo

assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução. (KELSEN, 1996, p. 390).

Observe-se que, ao afirmar que o intérprete deve estar amparado pelo ordenamento, pelos princípios e pelas regras, afastando-se ao máximo de uma interpretação totalmente arbitrária e meramente subjetiva e vinculando-se a uma interpretação institucional, não se quer aqui afirmar que a solução será unânime, mas sim que, em nome de uma segurança jurídica, ela deve obedecer ao sentido nuclear da norma posta, ainda que esta contenha termos com grau maior ou menor de indeterminação ou de abstração.

Daí a preocupação, não com o nível de abstração ou indeterminação que um conceito possa abrigar, mas sim com o processo de interpretação do aplicador, o qual, não raramente, tende a seguir caminhos um tanto quanto distantes da lógica jurídica. É comum que um texto literário, por exemplo, seja interpretado sob diversos pontos de vista, levando os intérpretes a diversas conclusões, convergentes ou divergentes, posto que, enquanto um deles optará pela análise semântica do texto posto, outro seguirá por uma análise sintática ou morfológica, e um terceiro será levado pela análise social. O fato é que, diferentemente daquele que analisa uma obra machadiana, por exemplo, a interpretação de uma norma jurídica não se pode submeter aos arroubos do intérprete, mas sim percorrer um processo pragmático que leve em consideração a serventia da norma no mundo social e a fixação de seu sentido, numa trama que envolve os vários níveis de análise de um texto, mais especificamente de um texto normativo.

Observe-se que, a partir de tais discussões, é possível se concluir o quão importantes são os mecanismos de interpretação no Direito. Dada essa importância, muitos foram os pensadores que se dispuseram a dialogar sobre essa questão. Em *Uma Questão de princípio* (2000), Dworkin explica que a prática jurídica é, sobretudo, um grande exercício interpretativo, mas não uma interpretação meramente textual, e sim geral e profundissimamente política (p. 217). Nesse diapasão, o sentido a ser construído sobre o texto de uma norma poderá variar do muito abstrato ao muito concreto, mas dentro de uma espécie de moldura. E é neste ponto em que o papel do jurista se aproxima do papel do literato.

cada juiz é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juizes escreveram no passado, não apenas para tentar descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito, quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. (DWORKIN, 2000, p. 238)

Note-se que a metáfora de Dworkin conecta em um sistema os diversos intérpretes. Suas interpretações não podem e não devem partir somente da mente do intérprete, mas ser construída com base num sistema muito mais amplo. Criando uma aproximação entre Direito e Literatura, o autor vai comparar o exercício de interpretação da prática jurídica a um enorme romance escrito por várias mãos ao longo da história, sob o risco de, ao não levar em consideração o todo, a parte se tornar desconectada, sem coesão e, portanto, estranha ao todo, ao sistema.

3 DIREITO, LITERATURA E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

3.1. Origens do Movimento Direito e Literatura

O Dicionário de Filosofia do Direito (2006) afirma que a expressão Direito e Literatura denomina um movimento com raízes anglo-americanas cujo início dos estudos é datado por volta da década de 1970. Segundo ele, “a argumentação jurídica e as decisões judiciais passaram a ser compreendidas como atividades interpretativas que permitem àqueles que as exercitam usar a sua criatividade [...]” (p. 234). Diante dessa realidade, surge uma área de estudos capaz de permitir um diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Literatura, refletindo não somente o Direito na Literatura, mas também o Direito como Literatura.

Enquanto este se ocupa com o problema da hermenêutica, da retórica, da interpretação e do relevante papel da linguagem no Direito, tentando encontrar o literário no jurídico, aquele valoriza a análise do texto literário como meio de compreender os estudos e práticas jurídicas. Nas palavras de Godoy (2007), o principal objetivo seria “[...] encontrar o jurídico no literário, explícita e subliminarmente” (p. 1). Ao passo que o Dicionário de Filosofia do Direito afirma que “a própria forma da narrativa jurídica pode servir para melhor compreender a narrativa jurídica” (2006, p. 234).

Trata-se, portanto, dentre outras vertentes, de uma área voltada ao aprofundamento do conhecimento da interpretação jurídica por meio, sobretudo, da literatura. Nesse sentido, afirma Lênio Streck, no prefácio do livro *O Direito na Literatura* (2020),

As narrativas propostas pela literatura possibilitam adentrarmos nas sofisticadas e sutis engrenagens da tessitura social, permitindo que, ao fim e ao cabo, possamos desvendar o mundo de uma forma mais completa e verdadeira. Afinal, a literatura sempre chega antes. Quem melhor explicou a autonomia do direito do que Ésquilo, em *As Eumênidas*? O julgamento de Orestes fez com que parassem as vinganças. Quem melhor que Lewis Carroll que alertou para os perigos do juiz solipsista, ao nos apresentar o personagem Humpty Dumpty, em seu *Alice Através do Espelho*? E as distopias, como *1984* e o *Admirável Mundo Novo*? E o que dizer de *Os Contos da Aia*? (RIBEIRO, 2020, p. 11).

Dada a importância do texto literário não somente para a compreensão da sociedade, mas de conceitos metafísicos, cenários políticos e fenômenos jurídicos, partiremos à literatura machadiana, mais especificamente ao conto *Ideias de Canário*, extraído da coletânea de *Contos* intitulada *Páginas Recolhidas*, publicado em 1899.

3.2 O Conto Ideias de Canário

O conto Ideias de Canário extraído da coletânea de Contos intitulada Páginas Recolhidas, publicado em 1899, passa-se em uma loja de *belchior*, ou seja, de quinquilharias e objetos velhos em algum lugar da antiga capital do Império, o Rio Janeiro, cenário para a maioria das narrativas machadianas.

A história retrata em tom e estrutura fabular um evento na vida de um cientista chamado Macedo, cuja especialidade era a ornitologia, que, ao entrar naquele lugar, depara-se com uma velha gaiola na qual residia um canário, o qual lhe parecia muito feliz e cheio de vida, embora estivesse em um local totalmente descuidado e com aspecto de abandono.

A ironia machadiana prepara o leitor para o que será narrado ao dizer que “Alguns chegam a supor que Macedo virou o juízo” (ASSIS, 1957, p. 107). Isso, porque o narrador afirma que o evento narrado foi extraordinário e, de fato, a narrativa segue com um canário falante que exprime considerações filosóficas acerca do sentido da vida e do significado das coisas.

A descrição da loja somada à visão do canário parece apontar para uma metáfora da Alegoria da Caverna de Platão. O narrador descreve a loja e a gaiola em que habitava o canário por meio de adjetivos com sentido negativo, como: escura, velha, enferrujada, enxovalhada, os quais contrastam com a descrição do canário: “a cor, a animação e a graça do passarinho davam àquele amontoado de destroços uma nota de vida e de mocidade” (ASSIS, 1957, p. 108).

Ao ver aquele canário cheio de vida num local tão deplorável para ele, Macedo sente-se indignado com o suposto dono que fora capaz de trocar o pássaro por algumas moedas, abandonando-o ali. No entanto, ao ouvir este murmúrio, opondo-se à opinião do ornitólogo, o canário retruca:

Quem quer que sejas tu, certamente não estás em teu juízo. Não tive dono execrável, nem fui dado a nenhum menino que me vendesse. São imaginações de pessoa doente; vai te curar, amigo... (ASSIS, 1957, p. 109).

A partir daí, o conto machadiano começa a tecer críticas à paixão científica do ornitólogo, e começa a apresentar a construção de conceitos, utilizando-se da prosopopeia, atribuindo falas e pensamentos ao pequeno canário. Este começa a criar conceitos sobre o que seria o mundo a partir de sua visão.

Os conceitos sobre as mesmas situações e objetos não se completam, mas divergem entre si. Enquanto o cientista vê o local e a gaiola velha, sob um prisma negativo, a visão do

canário vai de encontro à sua, compreendendo tudo de maneira distinta. Se para o ornitólogo o local era um cemitério, o canário sequer sabia o que era cemitério. Se para o cientista o homem era o dono do canário, para o pássaro, o homem era seu criado.

Admirado com as ideias e a linguagem do canário, Macedo resolve levá-lo para casa. Compra-lhe uma gaiola maior e começa a estudar o animal e, principalmente, sua linguagem e suas ideias. Machado parece apresentar aqui uma visão acerca da apreensão do conhecimento. No claro diálogo com a Alegoria da Caverna, o canário encontra-se metaforicamente no mundo das sombras, uma vez que sua visão de mundo é restrita à gaiola em que vive. No entanto, à medida que o canário sai daquele espaço e conhece outros lugares, sua concepção do mundo e das coisas passa por modificações.

Interessa-nos, num primeiro momento, observar a metáfora apresentada em Machado de Assis para compreender o processo de construção de significado, o processo de criação de conceitos e definições e as imagens que ajudam a construir o cenário da narrativa machadiana em questão. Isso porque, como visto, a discussão em torno dos termos ou conceitos indeterminados tem como ponto central o problema da interpretação.

Note-se que a construção dos sentidos realizada pelo canário toma por base simples e unicamente sua visão de mundo e, corroborando a ideia de Wittgeinstein de que as fronteiras da linguagem seriam as fronteiras do universo do indivíduo. Ao ser questionado sobre o que seria o mundo o canário demonstra total desconhecimento do significado de “espaço azul e infinito”, pois que nunca tinha o visto. Para ele, o mundo era aquela loja velha.

O mundo, redarguiu o canário com certo ar de professor, o mundo é uma loja de belchior, com uma pequena gaiola de taquara, quadrilonga, pendente de um prego; o canário é senhor da gaiola que habita e da loja que o cerca. Fora daí, tudo é ilusão e mentira. (ASSIS, 1957, p. 111).

Aqui convém destacar dois detalhes: o primeiro é o ar de professor que denota a convicção do canário, ao afirmar categoricamente que o mundo era uma pequena gaiola de taquara. O segundo é a exclusão de todas as outras possibilidades de significação que se podia atribuir ao termo mundo. Na visão do canário, há uma única verdade, um único sentido, e esta se baseia unicamente em impressões totalmente subjetivas. Observe-se ainda que o canário atribui ao ornitólogo o adjetivo de louco ao ser confrontado com outra possibilidade semântica da palavra mundo.

Foucault (1999) exemplifica que “desde a alta Idade Média, o louco é aquele cujo discurso não pode circular como o dos outros: pode ocorrer que sua palavra seja considerada nula e não seja acolhida, não tendo verdade nem importância” (p. 10). Nesse sentido, ao criar

uma significação ao termo, o canário atribui importância à sua interpretação e despreza as demais, tornando todo o resto desprezível e isso se verifica pelo “certo ar de professor” com o qual o canário se pronuncia. É com a autoridade de um professor que o canário se pronuncia, atribuindo autoridade à sua interpretação do conceito de mundo, excluindo os demais.

No mundo jurídico, a autoridade dada ao intérprete pelo legislador faz com que ele construa a significação, o sentido do termo cujo conteúdo é indeterminado e, em muitos casos, realize a construção do sentido, a exemplo do canário machadiano, com base em impressões substancialmente subjetivas, desconsiderando o “infinito céu azul”, baseado apenas em sua loja de *belchior* ou em sua “gaiola de taquara quadrilonga”. Mas, qual seria, pois, o problema de construir a significação de um termo com base apenas em concepções meramente subjetivas, desconsiderando o todo?

Acontece que, no conto, após adquirir o canário e levá-lo para casa, Macedo coloca o animal em uma gaiola nova, redonda e maior, fazendo com que o canário repousasse em uma varanda com vista para o jardim. A partir daí, o conceito de mundo construído pelo canário sofre alteração.

Três semanas depois da entrada do canário em minha casa, pedi-lhe que me repetisse a definição do mundo.

— O mundo, respondeu ele, é um jardim assaz largo com repuxo no meio, flores e arbustos, alguma grama, ar claro e um pouco de azul por cima; o canário, dono do mundo, habita uma gaiola vasta, branca e circular, donde mira o resto. Tudo o mais é ilusão e mentira. (ASSIS, 1957, pp. 112-113)

Observe que, tanto na primeira fala, quanto nesta segunda, o canário segue a excluir as demais possibilidades de significado. Apesar de ter ampliado sua visão, o processo de construção do conceito continua baseado somente em impressões pessoais: “Tudo mais é ilusão e mentira.”. O mundo não mudara, mudaram as impressões que o canário tinha do mundo, mudou o que o canário via sobre o mundo, o canário mudou. Em *Introdução ao Tractatus Logico-Philosophicus* (2012), de Mathieu Marion, afirma-se que

Para Wittgenstein, a inferência deve ser literalmente feita diante de nossos olhos - a relação interna entre as proposições mostra-se - e não há necessidade de recorrer para tanto a um enunciado da regra de que teríamos de seguir mentalmente o rastro. (MARION, 2012, p. 99)

No que tange à interpretação no mundo jurídico, no entanto, discordamos de tal visão, pois que o perigo de um processo interpretativo baseado apenas na empáfia da autoridade (ou do autoritarismo) e das impressões meramente pessoais reside exatamente em dois aspectos:

primeiro na tacanhez da visão do todo, segundo na inconstância na fixação do significado. Ao considerar apenas a parte, o intérprete corre o risco de gerar uma significação que não se ampara no todo, no ordenamento, a qual será posteriormente expurgada do sistema. E isso é fato gerador de incerteza, e, conseqüentemente, de insegurança jurídica.

Cabe trazer a lume também a metáfora da gaiola. A gaiola parece apontar para o sentido de aprisionamento. O pássaro só consegue enxergar nos limites de sua gaiola. Machado apresenta o objeto primeiramente como quadrado e, depois, já na casa de Macedo, arredondada. Observe que os adjetivos quadrado e redondo, quando observados juntamente com a visão que o canário expõe sobre o mundo, parecem assumir outros significados. O quadrado está ligado ao velho, ao antiquado, ao escuro. O redondo, ligado ao novo, ao jardim. E, de fato, ainda que a visão do canário estivesse condicionada aos limites da gaiola, era possível verificar uma ampliação em seu horizonte no que tange à construção de sentidos.

Na prática jurídica, poderíamos trazer também essas metáforas para exemplificar dois tipos de intérpretes: os amarrados à gaiola de suas convicções conservadoras, convictos de que o direito deva permanecer imutável, e os que estão presos às suas convicções modernas, redondas, mas ainda sim, subjetivas o suficiente para desconsiderar todo o resto. O canário, preso em sua gaiola redonda, até que conseguia visualizar parte do azul do céu, mas era limitado pela gaiola, ainda que nova, ainda que redonda, ainda que no jardim.

Mais tarde, o pássaro foge da gaiola na casa de Macedo e vai conhecer outros ares. Certa tarde, ele reencontra o ornitólogo e demonstra já ter construído um novo conceito para o substantivo mundo.

Falei ao canário com ternura, pedi-lhe que viesse continuar a conversação, naquele nosso mundo composto de um jardim e repuxo, varanda e gaiola branca e circular. — Que jardim? que repuxo? — O mundo, meu querido. — Que mundo? Tu não perdes os maus costumes de professor. O mundo, concluiu solenemente, é um espaço infinito e azul, com o sol por cima. Indignado, retorqui-lhe que, se eu lhe desse crédito, o mundo era tudo; até já fora uma loja de belchior. — De belchior? trilou ele às bandeiras despregadas. Mas há mesmo lojas de belchior? (ASSIS, 1957, p. 115)

É somente neste momento que, fugindo da gaiola, o canário é capaz de compreender o todo. O mundo, agora, é um espaço azul infinito, com o sol por cima. Ora, se no exercício de interpretação do texto o intérprete é incapaz de se desvencilhar das gaiolas de sua convicção, a construção do sentido de que carece o texto restará prejudicada. Pior, não haverá segurança no sentido construído.

Note que a construção do sentido, para que se aproxime de uma compreensão sistêmica, não leva em conta somente a parte, mas o todo. A significação se torna, pois, uma

construção linguística que deve ser amparada e mantida também pela linguagem, mas não uma linguagem singular e subjetiva, e sim uma ordenação linguística coletiva, que atenda à coletividade para que possa se sustentar.

Observemos que o termo mundo, no texto, em um primeiro momento estava carente de significação. Esta é construída pelo canário a partir de compreensões subjetivas, que desconsideram o todo e toma uma impressão particular como verdade absoluta. Acerca da indeterminação do texto normativo, trataremos no capítulo seguinte.

4 A INDETERMINAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO NO DIREITO CIVIL

4.1. A distinção entre os tipos de textos normativos

Já vimos que conceito e definição são vocábulos que não serão considerados sinônimos e, para que se possa dar seguimento à reflexão e análise aqui posta, é necessário também delimitar o que se entende por cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A princípio, é mister esclarecer que, apesar de ambos carregarem consigo a vagueza, os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com as cláusulas gerais.

Segundo Gustavo Tepedino, em Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, as cláusulas gerais são comandos normativos que “simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas” (2002, p. 19).

Nesse sentido, Lênio Streck, em O que é isto – decido conforme minha consciência? (2013), afirma que tais cláusulas se constituem como o “Código do Juiz”, caracterizadas “pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete”.

Com efeito, parcela considerável dos doutrinadores civilistas brasileiros trilha pelo caminho de entender o novo Código Civil como um sistema aberto, em face, principalmente, da adoção das cláusulas gerais, que seriam normas “que se caracterizam pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete” e “o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado”, porque carecem de “complementação valorativa”, o que faz com que o intérprete se veja “obrigado a buscar em outros espaços do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará a sua decisão”. (STRECK, 2013, p. 20).

Portanto, a interpretação da cláusula geral opera no sentido de, além de informar ao que o conceito se refere, atribuir-lhe uma consequência jurídica, diferentemente da do conceito jurídico indeterminado, o qual, quando aplicado ao caso concreto, deverá ser determinado pelo julgador, mas sua consequência já está preestabelecida na lei. Neste caso, cabe ao julgador, tão somente, aplicar referida consequência. Portanto, enquanto o conceito jurídico indeterminado se opera no plano semântico, pois que “os textos postos à disposição do sujeito irão sofrer o processo de constituição de sentido.” (SILVA, 2006, p. 175), as cláusulas gerais operam no plano sintático, uma vez que

Nesta perspectiva, a norma jurídica será vista em sua estrutura lógico-formal. Aqui a preocupação consiste em formar expressões lingüísticas. Não é importante neste ponto o sentido da expressão. Há uma dissociação do significado dos conceitos

jurídicos. A principal obrigação desta análise é identificar os componentes variáveis (categoremas) e invariáveis (sincategoremas) necessários para a formulação do signo, bem como para a sua transformação, além de ultimar a classificação dos signos. (*idem*)

Cabe-nos ainda ressaltar que não é possível confundir tais cláusulas com os princípios. A doutrina considera que as normas constitucionais pertencem a um sistema normativo o qual, nas palavras de Gilmar Mendes Ferreira “configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico.” (MENDES, 2021, p. 73). Tais normas podem ser enquadradas em dois tipos normativos: regras e princípios. Estes são vistos como espécies de normas que carecem de mediação concretizadora por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Aquelas seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

Ronald Dworkin (1978, p. 24) estabelece uma semelhança entre princípio normativo e regra, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas, mas o mesmo não se pode dizer sobre princípios e cláusulas gerais. Lênio Streck (2013, p.22) afirma que as cláusulas gerais e os princípios são coisas absolutamente distintas, uma vez que seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, princípios que autorizassem o juiz a buscar, em outros espaços ou fora dele, as fontes para complementar a lei.

Nesse diapasão, embora regras e princípios sejam normas, o modo de aplicação diferencia qualitativamente as regras dos princípios. Para Dworkin, “Se os fatos que uma regra estipula ocorre, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão.” (2002, p. 24). Os princípios, por sua vez, não desencadeiam automaticamente consequências jurídicas previstas no texto normativo e possuem a dimensão do peso, coisa que as regras não possuem.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determinar que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (*idem*, p. 43).

As regras, por sua vez, podem até ser mais importantes na regulação do comportamento humano, mas não enquanto parte do mesmo sistema e, nesse sentido, quando duas delas entram em conflito, há de se abandonar uma, recorrendo-se a considerações que

estejam além das próprias regras, ou regular o possível conflito por meio de outras regras precedentes ou, ainda, preferir a que esteja sustentada pelos princípios mais importantes.

É possível dizer ainda, em nível de esclarecimento, que, a origem das regras está, em geral, explícita no ordenamento jurídico, ao passo que os princípios não têm sua origem somente explicitamente em tais documentos, mas, sobretudo, “na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo” (DWORKIN, 2002, p. 64).

O Direito tem como objetivo regular as condutas intersubjetivas através de normas que são elaboradas por um poder legitimamente constituído. Tais normas assumem um caráter geral e abstrato com o fito de atender ao maior número de situações particulares que possam existir no mundo dos fatos, garantindo assim a ordem e o razoável funcionamento da sociedade. Tais normas são expressas por meio da linguagem, a qual pode exprimir variados significados a depender do contexto na qual está expressa. Nesse sentido, os estudos da semiótica contribuem fulcralmente para a compreensão do fenômeno jurídico.

Sabendo que o Direito se manifesta através da linguagem, conforme afirmado anteriormente, é necessário expor aqui a distinção semântica entre os termos comumente verificados na doutrina e na jurisprudência.

Primeiramente, partiremos da Cláusula geral. Como exposto acima, este é um texto cuja diretriz é indeterminada, pois que não traz expressamente uma solução jurídica (consequência), uma vez que, com o fito de dar maior mobilidade e durabilidade ao diploma legal, fazendo com que este atenda às constantes modificações da sociedade, apresentam uma hipótese fática composta por termos vagos e, conseqüentemente, um efeito jurídico indeterminado. Noutras palavras, trata-se de espécie de texto normativo que não estabelece um significado *a priori*. Nesse sentido, a Cláusula geral é um texto jurídico do qual se constrói uma norma. Afirma Martins Costa (1998) que as cláusulas gerais são

caracterizadas por revelar disposições normativas que utilizam em sua linguagem uma tessitura aberta, conferindo ao juiz um poder (competência) de, no caso concreto, criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema, mas que se nele reinserem pelo ingresso na fundamentação da decisão, permitindo o respectivo controle. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8)

Martins Costa afirma que no Código Civil de 1916 já era possível verificar a presença de conceitos jurídicos indeterminados e os divide em dois tipos: os que fazem referência a situações fáticas e os que fazem alusão a valores. A presença daqueles no antigo Código Civil poderia se verificar através de termos como “coisas necessárias à economia doméstica”,

“reparações urgentes” (art. 247, I, CC 1916), “animais bravios” (art. 593, I, CC 1916) e “divisão cômoda” (art. 1777, CC 1916). Tais expressões possuem um significado aberto os quais só podem ser preenchidos com base nas regras de experiência, não necessitando a utilização de valoração metajurídica, como soem ser as cláusulas gerais. A distinção aqui se dá entre duas espécies de textos normativos de um mesmo gênero.

No Curso de Direito Constitucional (2021), de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, em consonância com a visão de Dworkin de que os princípios seriam *standards* da justiça, afirma-se que

Os princípios seriam padrões que expressam exigências da justiça. Os princípios teriam ainda, virtudes multifuncionais, diferentemente das regras. Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo.(...) Já que estruturam um instituto, dão ensejo, ainda, até mesmo à descoberta de regras que não estão expressas em um enunciado legislativo, propiciando o desenvolvimento e a integração do ordenamento jurídico. (MENDES, 2021, p. 74).

Acerca da distinção entre regras e princípios, diferentemente do que é defendido por Dworkin, a Teoria de Robert Alexy aponta para o sentido de que, embora possam ser inspiradas por princípios, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. São verdadeiros mandamentos definitivos: "em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva" (ALEXY, 2011, p. 85).

Os princípios, por sua vez, segundo Alexy, são encarados como normas que comportam satisfação em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios conteriam uma determinação *prima facie*, a qual seria analisada no caso concreto. Haveria uma distinção qualitativa entre normas e princípios e não meramente gradual. Aqui, o conflito entre regras é solucionado de duas maneiras possíveis: ou se cria uma cláusula de exceção ou se declara a invalidade de uma das regras conflitantes. Já no conflito entre princípios, a solução se dá por meio de ponderação ou sopesamento.

Embora haja divergência entre as teorias, são trazidas à exposição ambas as teorias, pois que tanto para Dworkin quanto para Alexy, as normas jurídicas comportam uma dúplici divisão entre princípios e regras. A diferença entre as teorias parece residir na natureza lógica da orientação que ambas oferecem. Pode-se dizer também que, em que pese a distinção entre as teorias de ambos, das duas é possível concluir que não existe um princípio absoluto.

A questão à qual se limita este trabalho é perceber que há uma diferenciação estrutural ou qualitativa que carregam ambas as normas, regras e princípios, e que, seja de acordo com a visão de Dworkin, seja de acordo com a visão de Alexy, o papel do intérprete será fundamental na hora de construir a norma com base nos textos das regras e, maior ainda, na hora de construir com base em princípios, uma vez que, para ambos, o grau de subjetividade destes, é sempre maior que o daquelas, requerendo do intérprete um maior esforço na hora da construção do sentido aplicável ao caso *in concreto*.

Retornando à narrativa machadiana, o canário do conto de Páginas Recolhidas (1899) é aqui trazido como metáfora do intérprete e a construção da ideia de mundo naquele texto é aqui utilizada como metáfora da construção do sentido. Ali, como exposto no capítulo anterior, tínhamos um canário que, num primeiro momento, é questionado acerca do sentido do termo mundo e, a partir de uma observação tacanha, constrói um conceito, levando em consideração apenas aquilo que ele tem diante de si, apenas com base em sua subjetividade, tomando como ponto de observação somente o local em que se encontrava.

No caso da decisão judicial, o intérprete, ao contrário da atitude tomada pelo canário, deve expandir seus horizontes para além da subjetividade, considerando um complexo de princípios, principalmente diante de casos de difíceis soluções, afim de que sua decisão, ao construir um significado para o texto sobre o qual se baseia a decisão, possa se dar de maneira adequada, coerente com o ordenamento jurídico e que garanta a segurança jurídica aos sujeitos do processo.

Essa aferição deverá se basear em um método interpretativo capaz de procurar no horizonte da integridade do direito a melhor interpretação possível. Ressalte-se que a expansão aqui é limitada ao horizonte do direito, uma vez que ao definir, conforme visto anteriormente, o intérprete estabelece limites e, nesse sentido, sua interpretação abrange para além do subjetivo, mas contém-se diante do ordenamento jurídico, sendo, pois, o que poderíamos denominar como uma expansão contida. Do contrário, cairíamos na insegurança jurídica.

4.2 A presença das Cláusulas Gerais no Processo Civil

No ramo Civil do Direito, não raramente, o aplicador do direito se depara com um texto cujo grau de abstração é maior, pois que seu conteúdo semântico é vago, impreciso e/ou aberto. Ao abrir o Código de Processo Civil, o leitor vai se deparar com termos como “tempo razoável”, no artigo 6º, “bem comum”, no artigo 8º, “excessivamente onerosa”, no artigo 80,

inciso V, “interesse público”, no artigo 178, inciso I, “preço vil”, no artigo 891, ou “grande repercussão social”, no artigo 947. O intérprete estará diante dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Mas não apenas esses conceitos serão encontrados ali. Há também as Cláusulas Gerais.

São chamadas de Cláusulas Gerais as normas jurídicas orientadoras, com diretrizes indeterminadas, que não trazem expressamente uma solução jurídica (consequência) e que possuem disposições que atribuem ao intérprete um campo mais amplo de interpretação. A norma é inteiramente aberta, pois que não estabelece *a priori* nem o significado do pressuposto, nem o consequente, mas estabelecem uma pauta de valores que serão preenchidos de acordo com as contingências históricas.

Nesse sentido, tais cláusulas se diferenciam dos conceitos ou termos indeterminados, pois que estes, embora contenham em si expressões vagas ou imprecisas, apresentam a solução que o juiz deve dar ao caso concreto, caso seja verificada a hipótese de incidência ocorra no mundo dos fatos. Neste caso, a dúvida se estabelece num primeiro momento, na construção do sentido do pressuposto, mas não no segundo momento, no consequente. Diante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, por exemplo, o intérprete tem de construir o que seria “atividade de risco” no caso concreto, mas não necessita de construir o consequente, pois que este já está posto: reparar o dano.

Uma das principais diferenças existentes entre o Código Civil de 1916 e o atual Código Civil é a presença dessas Cláusulas Gerais, as quais surgem enfaticamente neste, aumentando a importância do aplicador do Direito, uma vez que passou de mero decodificador a intérprete e criador das normas jurídicas.

Embora não tenha sido o primeiro instrumento normativo a inaugurar tais cláusulas no Direito Pátrio, o Código Civil de 2002 ratifica uma mudança paradigmática na ordem jurídica nacional, pois que a inserção de tais cláusulas neste ramo do direito - o qual, historicamente, adotava uma posição muito mais conservadora e individualista, uma vez que o antigo Código Civil teve sua gênese com base em um Estado Liberal, ainda nos tempos do Império¹ - altera a organização sistemática do Direito Privado, tomando por base enunciados textuais mais

¹ O Código Civil de 1916, embora promulgado somente em 1º de janeiro de 1916, quando o Brasil já era República, nasce em cumprimento à disposição constante na Constituição Imperial de 1824, a qual, em seu artigo 179, inciso XVIII, indicava a necessidade de organização de um Código Civil fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.” (BRASIL, Constituição de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)

abertos, dando ao judiciário o poder e a autoridade de realizar as necessárias adaptações ao sistema jurídico vigente, dada a dinamicidade do mundo dos fatos.

O Código Civil de 1916, embora possuísse uma estrutura pautada no Código Civil Alemão, inspirou-se muito mais no modelo liberal francês. Isso fez com que seus instrumentos normativos primassem muito mais pela precisão dos conceitos, adotando uma forma muito mais rígida, as quais em pouco ou em nada admitiam a presença das cláusulas gerais e de conceitos indeterminados como base de sua hermenêutica. Isso fez com que aquele código que já nasceu tardiamente, relativamente à ideia de sua produção, dado o lapso de quase 100 anos, fosse se deteriorando com a mesma velocidade com a qual a sociedade se modificava após a II Guerra Mundial e os diversos tratados internacionais.

Aquele Código já não conseguia mais acompanhar a alteração da sociedade brasileira, que, cada vez mais se rendia à nova estrutura de Estado Social, superando o individualismo do Estado Liberal.

Para Mauricio Requião, em Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações (2011), isso é claramente demonstrado, quando se observam as adaptações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu ao longo dos anos do século XX. A Lei do Divórcio (Lei nº 6515/1977), A Lei do Inquilinato (Lei nº 8245/1991) e o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/1990) demonstram a incapacidade daquele Código em acompanhar as modificações sociais ocorridas durante sua vigência. Tais instrumentos normativos visavam suprir essa lacuna deixada pelo Código Civil de 1916.

Do texto machadiano, pode-se trazer aqui a metáfora da gaiola. A gaiola que aprisionava o pássaro do conto de Machado de Assis, não somente o aprisionava fisicamente, mas, além disso, aprisionava sua capacidade de reflexão. A gaiola, neste caso, também poderia, trazendo para o contexto deste trabalho, funcionar como o elemento conservador que não admite a possibilidade de uma norma cujo conteúdo seja capaz de se tornar mutável, à proporção da mutação e dinamicidade social. Do contrário, a rigidez, ou a gaiola em que se aprisionaria o significado, seria muito mais prejudicial à sociedade e não cumpriria sua função, que seria a de resolver as demandas judiciais, no caso da norma jurídica. Uma interpretação incapaz de se desvencilhar da gaiola para contemplar o infinito azul do céu, correria o risco de provocar um colapso no sistema jurídico, uma vez que seria incapaz de dizer o direito.

De fato, a rapidez com que os eventos ocorrem na sociedade e a constante mudança da sociedade já não mais comportavam um código centralizador e totalizante, o qual tinha a pretensão de, em um único diploma, amparar as diversas situações e comportamentos da

esfera privada, antevendo, inclusive possíveis soluções para lides que, até sua promulgação sequer eram cogitadas, com harmonia e precisão cirúrgicas.

Acompanhando a própria Constituição de 1988, o Código Civil, ainda que após tardios 14 anos, abandona o modelo fechado do antigo código, abandona a gaiola quadrada, e tenta abraçar um modelo mais flexível e aberto, capaz de acompanhar as modificações sociais da Pós-Modernidade, embora, mesmo assim, não tenha ainda conseguido refletir a sociedade do século XXI, posto que seu projeto base data de 1970, época em que a sociedade civil não havia ainda sido impactada por uma infinidade de avanços, sobretudo tecnológicos, os quais ocorreram após a ampliação da *internet*, no final da década de 1990, o que interferiu, sobretudo, de modo direto nas relações obrigacionais civis e nos contratos em geral.

Oriundas do Código Civil Alemão, as cláusulas gerais são, portanto, enunciados normativos abertos, os quais, juntamente com os conceitos jurídicos indeterminados, passaram a fazer parte de nosso ordenamento. Tais cláusulas permitem não somente a inserção de princípios valorativos no Código, mas também revolucionam as fontes do Direito, admitindo a possibilidade de considerações acerca de comportamentos ainda não previstos expressamente no texto normativo, mas que podem, por meio de interpretação conforme o ordenamento, integrarem o sistema, consoante os princípios constitucionais a serem perseguidos, desde que seja mantida a unidade sistêmica do ordenamento jurídico nacional.

O desenvolvimento de tais cláusulas está ligado, inicialmente, ao âmbito do Direito Privado, no entanto, antes mesmo de se plasmarem no Código Civil Alemão, em 1896, já era possível verificar a presença de cláusulas gerais no Código Civil Francês, em 1804, ainda que ali tenham elas cumprido um papel muito mais formal do que prático, dada a situação histórica em que estava imersa a sociedade gálica do século XIX. Ali, não havia tanto espaço para que as atividades jurisdicionais possuíssem tamanho poder interpretativo. E mais, É importante destacar que a presença das cláusulas gerais não é uma realidade tão nova no direito brasileiro. A Lei da Boa Razão, publicada em 18 de agosto de 1769 pelo rei D. José I, teve como principal finalidade a reformulação das matérias relativas às fontes do direito lusitano e fornecer critérios mais objetivos quanto à aplicação do direito romano. Já ali, no século XVIII, era possível vislumbrar a presença de cláusulas gerais².

Na Alemanha, entretanto, indo além da previsão formal, tais cláusulas ganharam destaque no ramo civil, em especial, a cláusula geral da boa fé contida, considerada cláusula

²Inovando o Direito lusitano oitocentista, a Lei da Boa Razão retoma o caminho da corrente racionalista do humanismo e proíbe, por exemplo, o *non liquet*, exigindo soluções para todos os casos levados a juízo. Quando a lei fosse omissa, o juiz decidiria de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

geral por excelência, uma vez que seus efeitos se espalham não apenas para o direito das obrigações, mas para o direito privado como um todo.

Segundo Fredie Didier Jr., em seu Curso de Direito Processual Civil (2018), o emprego de tais enunciados normativos abertos exige um cuidado maior ao intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido. O autor afirma que

O fenômeno da textualização normativa aberta busca atender à necessidade de construção de enunciados normativos de tipicidade e alcance amplo e flexível, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto e acompanhem a inevitável evolução social e valorativa que se dá com o passar do tempo. O texto normativo composto por conceitos indeterminados tende a durar mais tempo, atendendo a um número maior de casos, presentes e futuros; tende a adaptar-se mais facilmente a novas realidades; tende, enfim, e justamente por isso, a propiciar um ganho normativo ao sistema jurídico, em termos de justiça e coesão. (DIDIER, 2018, p. 380)

O autor aponta que a indeterminação do texto normativo pode estar presente somente nos conceitos e termos que compõem o antecedente ou ir além e atingir também o consequente. A Cláusula geral ocorre quando a hipótese fática é composta por termos vagos e o consequente é indeterminado. Observe o texto do artigo 421 do Código Civil. Nele, encontra-se expresso: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2019). Ao se deparar com esse texto, caberá ao intérprete construir o pressuposto, pois que o texto determina a obediência à função social do contrato, mas não define o que seria essa função social.

Tal conceito admite mais de uma interpretação. Além disso, o texto do mesmo artigo supramencionado não indica o consequente. O juiz, ao se deparar com tal texto, necessita preencher as lacunas deixadas no pressuposto e, uma vez estabelecido o sentido, construir também o consequente: o que se fará àquele que não obedecer às funções sociais do contrato? Para resolver esses problemas, o juiz precisará se valer de meios bastantes para preencher tais espaços vazios, seja por meio de conexões sistemáticas, valendo-se de outras fontes normativas que tratem de assunto semelhante, seja por meio de técnicas interpretativas, buscar-se-ão maneiras de resolver a lide e dizer o direito.

São exemplos de cláusulas gerais o “devido processo legal”, presente no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. No CPC, a cláusula geral de boa-fé processual, no artigo 5º. Ambos os casos são apresentados como exemplos de cláusulas gerais processuais, pois que, são abertas aos valores e aos nortes interpretativos, cabendo especial papel de construir seu sentido ao julgador ao aplicá-las no caso concreto. Além disso, de ambas podem-se extrair princípios processuais como o contraditório e a ampla defesa, consoante afirma DIDIER JR. “o devido processo legal é um direito fundamental de

conteúdo complexo. Trata-se de uma cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher” (2017, p. 62).

É importante esclarecer que a doutrina classifica o devido processo legal de diversas formas, conceituando este instituto de diversas maneiras, como conceito jurídico indeterminado, postulado fundamental ou princípio. Baseado na lição de Fredie Didier Jr., enquadrou-se na categoria de cláusula geral, cabe especial papel ao intérprete julgador na sua valoração e aplicação. Consequentemente, a noção de devido processo legal, seu alcance e seu conteúdo parece depender, dentre outros fatores, do momento histórico no qual está inserida a sociedade com suas diversas nuances e múltiplos valores.

Sendo assim, num Estado Democrático de Direito, é possível vislumbrar um devido processo legal constitucional e substancial em conformidade com o ordenamento jurídico, ao passo que, em um Estado autoritário, é possível vislumbrar um devido processo legal meramente formal. Do mesmo modo, tal noção poderá variar se levarmos em conta um Estado Social e um Estado Liberal, sobre cujos valores estiverem construídos, variará a noção daquilo que se entenda por devido processo legal.

A tarefa do intérprete na construção do sentido deverá ser feita com parcimônia, perícia, coesão e coerência, pois que não se fundamentará simplesmente na autoridade judicial, mas deverá estar harmonicamente de acordo com todo o ordenamento jurídico. No conto machadiano, a construção de sentido feita pelo canário, conforme Macedo afirma “eram temerárias” (ASSIS, 1957, p. 113), sendo levada a retificações. Isso porque, aprisionado pela gaiola, ainda que em uma nova gaiola, num jardim paradisíaco, o impedia de considerar o todo e construir o sentido do termo em questão.

A partir da conclusão do Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), o qual afirma que “O poder geral de cautela está mantido no CPC”, é possível vislumbrar a existência o poder geral de cautela, no artigo 301, embora o Código de Processo Civil não preveja mais cautelares típicas.

Também é possível trazer a lume, como exemplo, a cláusula geral executiva, no artigo 536, §1º e 538, § 3º do CPC/15. No Código de Processo Civil de 1973, essa cláusula correspondia, aos arts. 461, §5º, e 461-A, §3º, mas se limitavam a abarcar as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Atualmente, a aplicação de tais medidas atípicas não fica adstrita somente a tais obrigações já elencadas no código anterior, mas se estende às obrigações de pagar quantia. Importante ressaltar que tal regra amplia os poderes do juiz, permitindo-lhe flexibilizar o procedimento executivo para propiciar ao jurisdicionado, de forma isonômica e eficiente, o acesso à prestação a que faz jus.

Para esse sentido aponta a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ao aprovar o enunciado nº 48, que prevê, expressamente, a incidência do poder geral de efetivação no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução.

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais. (ENFAM, 2015).

Problema apontado por alguns aqui é que, ao tratar da matéria relativa a medidas executivas atípicas, o atual Código de Processo Civil não estabelece limites para a atuação judicial, cabendo ao julgador atuar em conformidade com o caso concreto, podendo incidir sobre todas as obrigações e espécies executivas até mesmo de ofício, devendo, obviamente serem observadas a razoabilidade e a proporcionalidade, bem como a fundamentação da decisão.

É possível citar ainda a cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária, no artigo 723, § único.

Com a presença de tais textos normativos abertos, o Direito passa a ser construído *a posteriori*, num trabalho totalmente interpretativo por parte do aplicador/intérprete do direito. Se para uns, tais conceitos se revelam como “pontos de erupção da equidade” (CANARIS, 1996, p. 142), é necessária uma atenção redobrada do intérprete no momento de construção do sentido da norma, seja do antecedente, seja do consequente, para fim de que sua interpretação não traga uma sensação de insegurança jurídica aos tribunais, o que contrariaria o próprio sistema, posto que, a segurança jurídica, nas palavras de José Afonso da Silva, em seu Comentário Contextual à Constituição (2006), consiste no

conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. (SILVA, 2006, p. 133).

É importante ressaltar, desde já, que este trabalho não caminha para a afirmação de que tais textos abertos devam ser expurgados do sistema, pois que compreende que não haja possibilidade de um sistema estruturado exclusivamente em normas de conteúdo semântico rígido e fechado, embora reconheça que um sistema totalmente baseado em normas desse tipo, levaria o direito ao colapso, pois que estaria totalmente fadado à insegurança e à discricionariedade do aplicador/intérprete. Um sistema jurídico, nas condições dinâmicas em

que se insere o mundo atual, deve-se pautar no equilíbrio, sendo constituído tanto de regras causuísticas, quanto de normas abertas, pois que assim consegue acompanhar as mutações sociais, sem se entregar à insegurança total.

Na metáfora do canário, percebe-se que, embora tenhamos construído a noção de que deve haver uma abertura de horizontes ao intérprete, isso deve ser feito de modo a evitar uma interpretação ensimesmada de determinado texto legal. É claro que os conceitos formados pelo canário estavam limitados pelo seu universo, fazendo com que ele, naquele contexto, tivesse por essa razão sua linguagem limitada ao seu universo. É somente com a ampliação de seu universo, que seu conceito vai sendo modificado, de modo a ficar coerente ao que se podia perceber além da gaiola. Mas isso não significa dizer que, o canário, ao libertar-se da gaiola, ficou sem limites. Pelo contrário! Houve a ampliação dos limites, mas não o rompimento de limites. Note que o limite da construção coerente do conceito, naquele conto, é a realidade observada de um prisma mais amplo.

Em verdade, este trabalho tenta demonstrar que, ainda que haja uma liberdade conferida pelo legislador ao intérprete/aplicador do direito, tal liberdade está subordinada ao mundo jurídico, ao ordenamento, a todo um sistema interpretativo que se conforme com o ordenamento jurídico. Ainda que haja decisão divergente, e haverá certamente, dadas as dimensões continentais do território brasileiro e a multiplicidade cultural, econômica e social presente em território brasileiro, tais decisões não podem divergir da lógica sistêmica admitida pelo sistema constitucional. O limite de interpretação do termo mundo do canário de Machado de Assis era o próprio mundo, dentro de um sistema. O limite do intérprete do direito é o próprio mundo jurídico, o sistema em que está inserido.

Do contrário, aí sim, teríamos um sério problema de insegurança jurídica que culminará na não concretização dos princípios mesmos nos quais foram construídos o Código Civil: a eticidade, “cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores” (REALE, 2000, p. 1), a qual entrega ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também o de resolver a lide, “onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos” (*idem*); a socialidade, a qual vincula as regras aos valores sociais, em contraste com o individualismo prevalente no antigo Código Civil; e a operabilidade, segundo o qual o direito deve ser prático, ou, nas palavras do próprio Miguel Reale,

O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado. Porque, no fundo, o que é que nós somos – nós advogados? Somos operadores do direito: operamos o Código e as leis, para fazer uma petição inicial, e levamos o resultado de nossa operação ao juiz, que verifica a legitimidade, a certeza, a procedência ou não da nossa operação – o juiz também é um operador do Direito; e a sentença é uma renovação da operação

do advogado, segundo o critério de quem julga. Então, é indispensável que a norma tenha operabilidade, a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades, que hoje entravam a vida do Código Civil. (REALE, 2000, p.1)

Uma decisão individualista, fundamentada na total subjetividade, contraria a todos esses princípios, pois que vai de encontro ao comportamento *probo* (eticidade), uma vez que o intérprete se arvora numa condição hierarquicamente superior ao próprio legislador, ao construir um sentido que vá de encontro ao próprio ordenamento, no caso de decisões *contra legem*, por exemplo; não supera o individualismo (socialidade), uma vez que, distante de enxergar o mundo dos fatos sob o ponto de vista da sociedade como um todo, enxerga-o sob um prisma egocêntrico e inconsequente, a exemplo do canário engaiolado, e, por fim, contraria o próprio sentido do Direito, um saber prático que busca soluções para a sociedade (operabilidade). A construção do sentido da norma baseada em uma visão de si, não revela o mundo dos fatos, muito menos o mundo do direito, mas simplesmente o mundo do intérprete ou um mundo por ele ficcionalmente criado.

Aqui caberia trazer agora a atitude paradoxal do próprio Macedo, apresentado pelo narrador como um sujeito que se isola do mundo para fim de compreender o que é o mundo. Se, por um lado tínhamos um canário aprisionado em uma gaiola, por outro, temos um homem aprisionado em seu escritório que de dentro de um escritório, uma espécie de gaiola humana, que tentava entender o mundo a partir de livros.

A atitude apaixonada de isolamento de Macedo leva-o à loucura e à doença e, conseqüentemente, a uma visão frustrada do que seria o mundo. O analista confunde-se com a coisa analisada: “Todo eu era canário.” (ASSIS, 1957, p. 113). Semelhantemente ocorre com o intérprete que se isola em seus conceitos e não se deixa abrir à compreensão, ele próprio se confunde com a lei e é exatamente aí onde moraria o perigo, pois que a interpretação não pode ser aleatória, proveniente de interesses subjetivos, alheios ao direito, mas sim, tornando à metáfora do canário, um voo sobre o próprio ordenamento. Para compreender o mundo, o pássaro não voa sobre si mesmo, mas sobre o mundo, observando o infinito azul com o sol acima.

Ao realizar uma interpretação não institucional, o aplicador/intérprete sobrevoa a si mesmo, cria um sentido muito mais sobre si que sobre a norma jurídica, produzindo uma norma que certamente será expurgada do sistema, e, em vez de facilitar, dificulta o processo, pois que, sua interpretação perseguia unicamente anseios particulares e não sociais, conforme sugere Maximiliano (2002, pp. 9-10).

Importante também trazer a lume a ciência de que a existência de tais conceitos vagos não são novidade no Código de Processo Civil Brasileiro, posto que já se podiam encontrar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, ali, tais cláusulas não eram adotadas como normas fundamentais para a construção de sua hermenêutica e aplicação. É bem verdade que o advento do Código de Processo Civil de 2015 amplia a presença e aplicação de normas desse tipo, mas não o faz de maneira desordenada, e sim em obediência à própria Constituição Federal de 1988, também construída sobre tais espécies normativas.

A presença de tais espécies normativas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Direito Privado, impõe um maior desafio interpretativo ao intérprete/aplicador. Isso porque este se deparará com um texto de linguagem extremamente aberta e vaga, cujas hipóteses não estão definidas, tampouco, em muitos casos, suas consequências estão claras. Encontrar-se-á tal intérprete diante de dois problemas: um de ordem linguística, semântica, outro, de ordem jurídica, social, e ambos devem se adequar de uma maneira harmônica.

A gama de significados possíveis no conteúdo da norma ainda a ser preenchido (o problema semântico) implicará uma série de efeitos, daí, encontrar-se-á o autor diante de uma série de possibilidades de antecedentes e consequentes, os quais deverão ser harmonizados com base no que é admitido pelo sistema. Note-se que o problema maior é o não haver aqui, nestes casos, um único sentido correto, mas vários. Não se afirmou aqui que qualquer construção de sentido é adequada, mas várias são possíveis, dentro do limite do ordenamento jurídico, desde que coerentes, diante do caso concreto.

É mister trazer a lume que, a partir de uma cláusula geral, o intérprete/aplicador encara uma série de fatos sociais que necessitam de receber um tratamento jurídico esperado pelo sistema, dada a grande amplitude de concretização da norma. Diferentemente se dá o caso daquele que está diante de uma regra casuística, pois que as possibilidades de subsunção da norma são restritas.

DIDIER JR. (2018) diferencia, portanto, a concretização e a subsunção. Para ele, “as cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção”. (DIDIER, 2018, p. 383). Na análise de cada caso, o aplicador do direito não só generaliza o caso, mas individualiza o critério, e, portanto, seu trabalho interpretativo não se esgota na subsunção, como na análise das regras casuísticas.

4.3 A presença das cláusulas gerais e dos conceitos vagos no Código de Processo Civil de 2015

Em consonância com os atuais sistemas jurídicos e trazendo consigo essa grande carga de indeterminação, as cláusulas gerais também se encontram presentes no atual Código de Processo Civil brasileiro, posto que a rigidez estabelecida por um sistema totalmente baseado em técnicas casuísticas acabaria por engessar o ordenamento jurídico, conforme já demonstrado, dificultando o fim primeiro do Direito, o qual se constitui em um saber prático capaz de resolver os problemas surgidos no mundo dos fatos e trazidos para o mundo jurídico, adequando as normas contidas neste ao mundo contemporâneo extremamente versátil e dinâmico.

Nesse sentido, a existência de um processo civil deve ter como finalidade proporcionar às partes litigantes não só a efetiva obtenção daquilo que seja objeto da lide, garantindo àquele que possui comprovadamente o direito, mas também a conformação da parte sucumbida, tendo em vista que, tendo participado de um processo legalmente aceito e devidamente legal, obtém uma sentença adequada nos parâmetros do ordenamento.

As regras, como vimos, são compostas de duas partes: situação fática e o efeito jurídico. A maioria das normas contidas no Código de Processo Civil está enquadrada neste modelo, como é o caso do artigo 1007, §3º, o qual prevê que, se o processo estiver materializado em autos eletrônicos (situação fática), o recolhimento do porte de remessa e retorno deve ser dispensado (efeito jurídico). Neste caso, o papel do juiz é simplesmente realizar a aplicação da norma, baseando-se no se isto, então aquilo. Seu papel interpretativo e criativo encontra-se, em casos como esse, limitado. Não há outra saída.

No entanto, quando o legislador opta por utilizar termos vagos, ficando a cargo do julgador a construção do conteúdo diante do caso concreto, estamos diante de um conceito jurídico indeterminado. O preço vil de arrematação, previsto no artigo 903, §1º, I CPC/2015, o caráter manifestamente protelatório da interposição de recurso, previsto no artigo 80, VII, do mesmo Código, o perigo de dano exigido para a concessão da tutela de urgência, previsto no artigo 300, também do CPC, a grande repercussão social, exigida para a admissão do incidente de assunção de competência, constante no artigo 947 do CPC e a relevância da matéria para a admissão de *amicus curiae*, do artigo 138 do mesmo código, são exemplos de tais casos. Nesses casos, construir o sentido de vileza, de protelação, de perigo de dano, de repercussão social ou geral ou delimitar o que é ou não relevante fica a cargo do julgador.

No caso das cláusulas gerais, o legislador prevê a situação fática, mas o efeito é indeterminado, como é o caso da boa-fé objetiva, do devido processo legal, da função social entre outros. No caso da boa-fé objetiva, vislumbra-se no artigo 422 do Código Civil como antecedente a obrigação de guardar a boa-fé, mas não se apresenta o consequente. Também o artigo 5^a, inciso LIV da Constituição Federal, apresenta como antecedente a obrigação de observância do devido processo legal para a privação da liberdade e dos bens, mas não apresenta o consequente. Já o artigo 421 do Código Civil apresenta como antecedente a observância da função social do contrato, mas não apresenta seu consequente.

Nos casos em que o legislador optou por essa técnica legislativa, é dado um maior poder nas mãos do juiz, ao qual caberá um maior grau de criatividade de cognição. Tais cláusulas transformam o intérprete em uma espécie de partícipe da criação da norma aberta, ao passo que, diante do caso concreto, ele a concretizará.

Através da cláusula geral processual, o legislador permite que o juiz aplique outros valores, à luz dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, em busca da concretização do direito material por meio do processo. Nesse sentido, distante de se ter uma solução engessada, o aplicador do direito tem diante de si um procedimento muito mais dinâmico capaz de atender às demandas sociais em constante mutação e resolver o litígio.

No entanto, há uma enorme preocupação no sentido de que o juiz, diante de um texto vago, utilize-se somente de motivações pessoais para preencher o conteúdo de tais cláusulas ou conceitos. Isso levaria, conforme já exposto anteriormente, à insegurança jurídica e acabaria por tomar um caminho totalmente diverso daquele provavelmente imaginado pelo legislador.

Daí a importância de que tais preenchimentos sejam feitos de acordo com os princípios norteadores do sistema como um todo e não na subjetividade do aplicador e, para que isso seja feito, é necessariamente indispensável que todo esse processo de interpretação e concreção de tais normas seja realizado conforme as técnicas de hermenêutica jurídica, fazendo que as decisões de cada caso estejam em consonância com o entendimento institucional para fim de não se utilizar deste expediente para criar um carnaval de decisões totalmente subjetivas.

5 A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS VAGOS E O PODER JUDICIAL

5.1 A Hermenêutica e a Interpretação Jurídica

Como foi afirmado no início deste trabalho, o Direito é essencialmente linguagem e, nas palavras de Castanheira Neves, “o universo jurídico deve ser compreendido como um universo linguístico” (1993, p. 92) e, em sendo isso uma verdade, é possível afirmar que a interpretação se constitui como o primeiro e principal trabalho do operador do Direito.

Em meados do século XVIII, o pensamento jurídico começou a caminhar para uma total positivação do direito, de modo que, já no século XIX, o modo de produção e de modificação do direito na Europa Continental passou a ser feito por meio da legislação, fazendo com que toda matéria que regula a sociedade fosse exposta em leis escritas, facilitando o trabalho do aplicador do Direito e consolidando o Princípio da Legalidade, o qual, já na Constituição Imperial de 1824, encontrava-se consagrado em seu art. 179, I, garantindo que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei”. A Constituição de 1988 traz em seu corpo vários dispositivos relativos ao mesmo princípio. O art. 5º, XXXIX, que garante não haver crime sem lei anterior que o defina, nem haver pena sem prévia cominação legal e o art. 150, I, que veda a exigência ou o aumento de tributo sem lei que o estabeleça são exemplos claros da consolidação de tal Princípio no ordenamento brasileiro.

A existência de uma Lei escrita passa a garantir maior segurança jurídica aos civis por controlar o início e o término da vigência de qualquer texto legal, bem como sua modificação e controle.

Nesse sentido, a conversão da Lei em textos escritos passou a garantir maior liberdade e segurança à sociedade em geral, consoante já prenunciava o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; (...) Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”. A própria ideia de legalidade utilizada pelo Direito Civil encontra amparo no artigo 5º da mesma Declaração, segundo o qual “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.

A utilização do direito, em especial das leis positivadas, como elemento de gestão da sociedade fez com que houvesse uma expansão dos conteúdos jurídicos por meio de um

volume cada vez maior de textos normativos, e a mutação constante da sociedade moderna fez com que, cada vez mais, houvesse uma maior complexidade na interpretação desses textos.

Para tentar resolver esse problema, surge um ramo da ciência jurídica capaz de estabelecer métodos para a compreensão legal: a Hermenêutica Jurídica. No que tange à Hermenêutica, é necessário, antes de tudo, diferenciar a Hermenêutica Clássica da Hermenêutica Filosófica.

A diferenciação entre elas está centrada, principalmente, no enfoque dado à linguagem, a qual, consoante a Hermenêutica Filosófica, é apresentada como modo de existir dos atos de interpretação. De maneira distinta, no entanto, a hermenêutica clássica compreende que a realidade e a linguagem não contribuem para a realização do ato interpretativo, adotando de maneira peculiar regras e fórmulas legalmente reconhecidas, sendo a linguagem apenas um dos mecanismos através dos quais se chega à compreensão do texto. Aqui, a verdade é aquela contida na lei, ainda que o caso concreto e suas peculiaridades apontem para uma resposta singular.

Nesse sentido, verifica-se que a hermenêutica filosófica apresenta a linguagem como razão de ser da interpretação e não como mecanismo, como quer a clássica hermenêutica, que a relega a terceiro elemento entre sujeito e objeto. Neste caso, há uma necessidade de se vislumbrar as pré-compreensões do intérprete sobre a realidade do caso, num chamado desvelamento, que, por sua vez, ocorrerá de maneira particular em cada processo interpretativo.

Foi buscando se libertar do conservadorismo engessado da hermenêutica clássica e tentando maior adequação à realidade mutável da sociedade através de um processo que permitisse a solução dos conflitos existentes baseado numa interpretação capaz de considerar os valores e as diferenças sociais contemporâneas que Heidegger, e depois Gadamer, trouxeram à construção da hermenêutica filosófica, a contribuição produtiva do intérprete no movimento da compreensão, trazendo a linguagem para dentro do processo interpretativo, distanciando-se do apego à historicidade.

Encontra-se, portanto, na hermenêutica filosófica uma maneira de visualizar amplamente o reconhecimento das garantias legais, sem o positivismo ferrenho outrora defendido pela hermenêutica clássica.

Através do círculo hermenêutico, o jurista coteja elementos textuais e extratextuais para chegar a uma melhor compreensão do texto legal. Nesse sentido, afirma Giovani Orso Borille, em *Ensaio sobre a linguagem na ciência jurídica: comunicação, semiótica e hermenêutica do direito*, de 2017, que

A hermenêutica ao implantar um meio ou método de interpretação através de conceitos, critérios e orientações, possibilita ao hermeneuta a compreensão dos fatores influenciadores e práticos vividos na sociedade moderna, permitindo através de uma técnica ou procedimento reflexivo, o entendimento acerca das questões sociais, sua problemática latente e a possível solução do enigma. De modo que, ao apreciar também as proposições legislativas e seus desdobramentos, permite uma construção crítica de posicionamento e interpretação, fomentando-se, portanto, a formulação de novos conceitos e adoção de novos paradigmas sociológicos e jurídicos de entendimento. (p. 2).

Dirley da Cunha Júnior, em seu Curso de Direito Constitucional (2018), vai salientar que a hermenêutica e a interpretação jurídica são elementos distintos, embora se preocupem com o mesmo objeto: a compreensão do Direito. Afirmar Carlos Maximiliano, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (2002), que a hermenêutica, e aqui podemos verificar uma definição baseada na noção clássica da hermenêutica, é a “teoria científica da arte de interpretar”. (p.1). Para ele, portanto, a Interpretação Jurídica é a aplicação da Hermenêutica e, conseqüentemente, a hermenêutica seria a ciência que estabelece os princípios que regem a interpretação.

No entanto, em Gadamer, consoante sua obra *Verdade e Método* (2008, p. 133), compreende-se que o Direito não pode se valer somente de métodos engessados, pois que, diante da transformação constante da sociedade, tais métodos não são capazes de solucionar os conflitos que surgem. Os métodos seguidos pelos clássicos pretendem-se previsíveis diante de uma infinidade de situações imprevisíveis.

Nesse sentido, afirma Lênio Streck, em *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito (2007), que

“condições ideais de fala” previamente construídos colocam uma grande desconfiança naquele que é encarregado de interpretar “as situações concretas”. Se é correta essa desconfiança com qualquer forma de solipsismo no ato interpretativo, o custo pode ser muito alto, ao se repassar a “responsabilidade” pela fundamentação do discurso aplicativo para um discurso que já vem com as condições aplicativas previamente dadas, seja a partir da confiança irrestrita na vontade geral, seja a partir da pré-interpretação do discurso legislativo, objetivando as diversas situações “concreta” que possa vir a se formar no decorrer das diversas formas de jurisdição (STRECK, 2007, p. 91)

A linguagem se constitui, portanto, como a razão de ser do processo interpretativo e é capaz de, misturando-se à realidade, buscar uma verdade capaz de resolver o conflito. Não uma verdade absoluta, mas uma verdade desvelada que leva em consideração a época, a sociedade, o intérprete e o texto.

Eni Orlandi, em *O Discurso Fundador* (1993), afirma que “a interpretação é uma injunção; em face de qualquer objeto simbólico, o sujeito se encontra na necessidade de dar sentido; dar sentido, para o sujeito que fala é construir sítios de significância (delimitar domínios) é tornar possíveis gestos de interpretação.” (p. 108).

No mundo jurídico, diante da norma posta, o aplicador do Direito se debruça diante do objeto na busca de seu sentido por uma necessidade, não só linguística e social, mas prática. O intérprete, recorrendo à metáfora machadiana, possui em si uma necessidade de conhecimento, tal qual Macedo, e não é possível chegar à solução prática de um problema sem compreender os signos. Nesse sentido, a interpretação, sendo uma atividade prática que se dispõe a determinar, revelar ou atribuir o sentido e o alcance dos enunciados normativos vai ter seus princípios norteados pela Hermenêutica.

A interpretação, portanto, vai envolver duas atividades essenciais: desvendar/construir o sentido e concretizar o enunciado de modo a reduzir a distância existente entre a generalidade do texto e a singularidade do caso concreto.

5.2 A Interpretação dos Conceitos Vagos

Como foi visto anteriormente, quando está diante de uma norma causuística, esse trabalho é muito menos criativo, no entanto, ao se deparar com um conceito aberto, é necessário que se delimitem os possíveis sentidos do objeto para que se chegue à lógica, uma vez que a esta somente se chega tendo diante de si ao menos três aspectos: conceito, palavra e objeto. Mas como chegar ao sentido? Somente a partir de uma análise semântica formal e materialmente capaz de complementar ou preencher uma lacuna existente.

A questão linguística sempre esteve presente nas discussões filosóficas da humanidade, conforme apresentado no primeiro capítulo deste trabalho. Desde a Grécia Antiga, vemos tais discussões nos escritos de Platão. Em *Crátilo*, vê-se um tratado sobre a linguagem que expõe duas teses contrapostas sobre a noção semântica: o naturalismo, segundo o qual cada coisa tem um nome natural e o convencionalismo, o qual afirma que a relação entre os nomes e as coisas é absolutamente arbitrária e convencional. Através da afirmação de Sócrates, entendemos o conceito de linguagem para ele “E do mesmo modo que o pintor reproduziu uma figura por meio da pintura, aqui, também criaremos a linguagem por meio da arte de nomear ou de falar, ou que outro nome tenha.” (CRÁTILO-PLATÃO, 1994, p. 69). Ali, Sócrates incita Crátilo

“Que propriedades têm os nomes e o que de belo conseguimos por meio deles?”
Crátilo completa: Sou de parecer que eles instruem, e isto de um modo bem simples;
de sorte que quem conhecer os nomes conhece também as coisas. (*idem*)

Note-se que já no diálogo filosófico clássico, havia uma preocupação com os limites da linguagem, com a definição das coisas. O nome instrui de modo que, conhecendo-os, conhecer-se-iam também as coisas nomeadas. É claro que tal discussão não se encerrou na Grécia antiga, mas se estendeu até a modernidade, com o nascimento de ciências autônomas como a Linguística Saussureana, divulgada através de seu Curso de Linguística Geral (1916). Com o advento da Linguística, foi possível criar definições mais precisas sobre língua e linguagem, como se vê em Saussure.

Mas o que é a língua? Para nós, ela não se confunde com a linguagem; é somente uma parte determinada, essencial dela, indubitavelmente. É, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos. (SAUSSURE, 2004, p. 17)

E, ainda, a Análise do Discurso de Pêcheux, em Semântica e discurso: uma crítica da afirmação do óbvio (1975), o qual afirma que

As palavras, expressões, proposições, etc., mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam, o que quer dizer que elas adquirem seu sentido em referência a essas posições, isto é, em referência às formações ideológicas [...] nas quais essas posições se inscrevem. (PÊCHEUX, 2014, p.160)

É claro que não se pode imaginar que não existe relação alguma entre nome e coisa nomeada, pois que, embora nem sempre isso ocorra, dada a arbitrariedade do signo linguístico, em muitos casos, ao nomear, busca-se por uma palavra que possua alguma relação com o objeto nomeado e assim se infere a partir da Teoria dos Signos Linguísticos.

No mundo jurídico, essa busca pelo sentido é fundamental para a concretização do Direito. Definir o que é “duração razoável”, “relevante repercussão social” e outros conceitos vagos é abrir caminho para a solução de uma lide, afinal, aos sujeitos processuais interessa a solução do problema: o fazer ou não-fazer, o dar, o pagar.

Para Eros Grau, em Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito (2003),

O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos nada dizem: eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem (...) O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele produz a norma. (pp. 23; 27)

A interpretação se constitui, portanto, como um processo produtivo fundamental e não meramente declaratório, pois que cria o sentido da norma e este, em geral, é o mais conveniente aos interesses políticos ou teóricos do intérprete. Isso porque os termos utilizados na lei não possuem significação unívoca, tampouco uma única interpretação verdadeira, mas é plurívoco e heterônomo.

Vários autores se debruçaram sobre o tema da interpretação jurídica. Aníbal Bruno (1967), por exemplo, compreendia que a interpretação é a busca do verdadeiro sentido. Para ele, a norma possuiria um sentido natural e exclusivo e a linguagem teria o papel de guiar o intérprete na busca pela essência do texto normativo. Paulo Nader, nesse mesmo sentido, entendia que a interpretação da lei seria a fixação do sentido de uma norma, descobrindo sua finalidade. Segundo Nader (1995), todo subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação, devendo o intérprete ter sempre em mente a busca pela justiça, pela segurança e pelo bem comum. Carlos Maximiliano, autor de *Hermenêutica e interpretação do Direito* (1965), afirma que a interpretação do Direito é a busca do significado verdadeiro de uma expressão, é o esclarecimento do texto normativo. Para todos esses autores, há em comum a ideia de que existe uma univocidade da norma jurídica, ainda que possua certo grau de indeterminação, fazendo com que o trabalho interpretativo seja compreendido como mera reprodução, uma vez que o sentido já existe.

Para Herkenhoff, em *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, afirma que

interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas. É indagar a vontade atual da norma e determinar seu campo de incidência. É expressar seu sentido recorrendo a signos diferentes dos usados na formulação original. (1994, p. 9).

Daí a compreensão de que a necessidade de interpretar advém não exatamente da falta de clareza do texto normativo, uma vez que a linguagem jurídica pode não se apresentar ambígua e imprecisa, mas porque, ao aplicar o direito, incondicionalmente, o intérprete numa só operação interpreta, compreende e aplica, conforme afirma Andreas Joachim KRELL (2004) “por isso, pode-se afirmar que a aplicação e a interpretação da lei se superpõem e, na verdade, acontecem em uma só operação” (p. 43).

5.3 O Poder Discrecional do Juiz no Processo Civil

A ampliação do poder do juiz tem se caracterizado como uma constante na sociedade contemporânea. Com a constitucionalização do Direito Civil, surge cada vez mais a necessidade de uma atividade judicial no sentido de promover a efetivação dos preceitos constitucionais presentes no Direito Privado. Tal demanda tem propiciado, cada vez mais, o fenômeno da criação judicial do Direito por meio da interpretação, fazendo com que os tribunais possam atualizar ou inovar o direito por meio de suas decisões, operando de modo a mudar informalmente o texto legal.

No direito norte-americano, duas correntes têm surgido em torno dessa discussão: os interpretativistas e os não interpretativistas. Para estes, consoante as lições de Dirley da Cunha Júnior, em seu Curso de Direito Constitucional (2018), cabe ao juiz concretizar os valores precípuos constitucionais, como justiça, igualdade e liberdade, por meio de uma interpretação substancial, que é composta por diversos valores jurídicos abertos. Para aqueles, o juiz tem por limite a textura semântica e a vontade do legislador. Seu trabalho seria captar e declarar o sentido dos preceitos expressos no texto legal, desvincilhando-se de valores subjetivos, sob pena de se substituir as decisões políticas pelas decisões judiciais. Nesse sentido, convém destacar que

Essa criatividade do juiz, isto é, sua capacidade de criar o Direito, se acentua consideravelmente no domínio da interpretação constitucional, sobretudo em razão da estrutura normativo-material da Constituição, que é composta por princípios e regras que apresentam maior abertura, maior abstração, maior indeterminação e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação. O que devemos discutir presentemente, portanto, é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecidos pela Constituição. (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 181).

Fato é que, atualmente, a capacidade de criar o Direito se acentua consideravelmente no domínio da interpretação e urge a discussão dos limites desse poder de criação judicial, pois que resta claro não ser um poder total, uma vez que isso atingiria de modo expressivo as liberdades individuais e a segurança jurídica das partes, podendo até mesmo ser uma ameaça a princípios constitucionais, conforme já argumentado anteriormente.

O artigo 139, IV do Código de Processo Civil, por exemplo, ampliou os poderes do juiz na direção do processo, incluindo a determinação de medidas executivas. Tal dispositivo não é formalmente uma novidade, mas pode gerar mudanças substanciais no plano da efetivação das decisões judiciais. A atipicidade das medidas faz com que o juiz detenha o

poder de aplicar qualquer medida executiva, ainda que esta não esteja expressa em lei. Embora não seja novidade, como se falou anteriormente, pois que o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 461, §5º, antes de iniciar a enumeração dos variados meios de execução se valia da expressão “tais como”, caracterizando o caráter exemplificativo do rol legal, o problema é que, atualmente, não se faz distinção entre as espécies de obrigação executáveis, permitindo a aplicação ampla e irrestrita de tal princípio a qualquer espécie de execução, independentemente de sua natureza.

O intérprete que, a exemplo de Macedo, do conto machadiano, isola-se em seu mundo à procura de uma construção científica do conceito de mundo, desconsiderando o próprio mundo, e, neste caso, busca a construção do sentido da norma, desconsiderando as bases em que ela foi elaborada e os fundamentos mesmos do próprio código e da própria Constituição, acabará por se confundir com a norma e, numa atitude semelhante a Luis XIV, a quem atribuem a célebre frase “*L'État c'est moi*”, acabará por pensar semelhantemente: *la loi c'est moi*. Ou, ainda, parafraseando o próprio conto machadiano, “eu sou todo norma”, não compreendendo os limites de sua atuação no processo de construção do sentido ou do preenchimento das lacunas existentes. Mas quais seriam as limitação do intérprete/aplicador do direito?

As limitações ao poder do juiz podem ser deduzidas do próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, que dispõe que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. No entanto, os termos “fins sociais”, “exigências do bem comum” e “dignidade da pessoa humana” trazem em si uma carga semântica aberta, a qual deve ser preenchida pelo próprio aplicador.

O próprio termo “dignidade da pessoa humana” vem sendo utilizado com tamanha abrangência que tem sofrido uma banalização absurda no meio jurídico. Há várias decisões que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade, mas todos esses princípios deveriam ser utilizados para resolver a crise de direito material, não processual. O CPC deve ter como função a regulamentação da atividade jurisdicional, não a aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse sentido, a obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial é um dos limitadores da interpretação de conceitos ou termos vagos na aplicação ao caso *in concreto*. O próprio artigo 489, § 1º salienta que não se considera fundamentada a decisão judicial que

empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Isso porque, como já demonstrado anteriormente, ao criar conceitos vagos e imprecisos, o legislador delega ao juiz seu preenchimento no caso concreto, conferindo-lhe esse poder criador, sendo ainda mais robusto tal poder no caso das cláusulas abertas. Daí pode-se vislumbrar-se uma atuação política do juiz no processo. De fato, tal atuação tem se acentuado na sociedade contemporânea.

No entanto, é preciso compreender que os conceitos jurídicos indeterminados não podem e não devem ser confundidos com a discricionariedade, uma vez que esta se localiza no plano da consequência ou dos efeitos jurídicos, enquanto aquele se localiza no suporte fático da norma. Sobre isso, leciona Andreas Krell (2004), ao comentar o posicionamento de Tezner, o qual “exigia um controle objetivo de todos os conceitos normativos – inclusive os vagos – das leis que regiam a relação entre a Administração e os cidadãos” (p. 29).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Discricionariedade e Controle Judicial* (2012), a discricionariedade reconhece certa margem de liberdade “para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto” (p. 48) e essa escolha deve estar adstrita à finalidade legal. Nesse diapasão, é mister ainda que não se confunda a discricionariedade conferida intencionalmente pelo legislador ao aplicador do direito em alguns casos, com a arbitrariedade, esta última não possui amparo em um sistema jurídico democrático, pois solaparia os próprios fundamentos da República.

Ao distinguir discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados, Eros Grau em *O direito posto e o direito pressuposto* (2014), leciona que, na aplicação destes, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade, ao passo que, na aplicação daquela, o sujeito cuida da emissão de juízo de oportunidade.

Vale lembrar que a ideia de que os conceitos indeterminados não estão ligados à discricionariedade, no entanto, não é unânime entre os defensores da teoria da univocidade. Há aqueles que defende poder haver uma relação entre a discricionariedade e a indeterminação dos conceitos à medida que a vontade do legislador é tomada como critério para saber em que situações este quis atribuir discricionariedade mediante a utilização de conceitos indeterminados. Para estes, o legislador, ao estatuir textos vagos ou imprecisos, confere discricionariedade ao aplicador expressamente, dando-lhe margem de escolha dentro das regras e princípios, mas nunca à margem da lei.

Note-se que é necessário empregar certo esforço linguístico na busca da compreensão do termo e, para tanto, é mister realizar uma busca semântica para que não haja confusão. Tal terminologia parece estar ligada à ideia de que, diante da imprecisão do conceito jurídico, o intérprete, mediante a extração da norma jurídica e sua aplicação ao caso concreto, chegará à sua determinação. Do contrário, é possível cometer um erro jurídico, derivado de uma má compreensão semântica, ou pior, uma injustiça (entenda-se injustiça aqui como qualquer decisão que fuja à lógica sistemática do ordenamento e esteja à margem do ordenamento jurídico como um todo). Nesse sentido, o que são indeterminadas são as expressões linguísticas, não o conceito jurídico.

Embora não seja unânime tal posicionamento, pois que há aqueles que acreditem que a indeterminação resida no próprio conceito, parece mais plausível afirmar que, não apenas para quem entende ser o direito linguagem, mas ainda para os que acreditam ser a linguagem o suporte material do signo linguístico que é a norma, a vagueza e a imprecisão está presente em ambos, no conceito e na linguagem: naquele porque o aplicador expressa e intencionalmente o fez assim maleável para que pudesse abarcar as circunstâncias inúmeras e imprevisíveis sobre a qual ele incidiria de moda a dar maior dinamismo ao sistema jurídico; nesta, exatamente por ser expressão material daquele.

Ainda que seja dotado de imprecisão, é preciso esclarecer que tais conceitos jurídicos possuem um núcleo vinculado por sua própria natureza normativa. Nesse sentido, afirma Luiza Barros Rozas, em seu artigo intitulado *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa* (2019), que

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. De um lado, há a *zona de certeza positiva*, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a *zona de certeza negativa*, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito. Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de *zona de incerteza* ou *halo conceitual*. (p. 192)

Ou seja, embora haja uma margem de imprecisão em seu sentido, um núcleo de incerteza, denominado pela autora como *halo conceitual*, há um núcleo de certeza ao qual o intérprete deve estar vinculado. Note-se que o problema está intimamente ligado à hermenêutica jurídica e à interpretação da norma, no caso, do conceito jurídico indeterminado que, ao contrário dos determinados, os quais não comportam essa margem de imprecisão,

pede ao aplicador uma maior atenção na hora de fixar seu sentido diante do caso concreto. Hans Kelsen (1881-1973), em *Teoria Pura do Direito* (1996), ao tratar da interpretação, afirma que

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 1996, p. 387).

Ainda que haja uma maior ou menor margem de livre apreciação, é necessário que essa interpretação adotada pelo órgão aplicador esteja dentro da *moldura* ou do *quadro* de possibilidade e, ainda, que seja institucional, evitando, ao máximo, os solipsismos. À medida que o aplicador compreende que há uma natureza geral da norma e uma visão institucional quanto à interpretação desta, seu grau de subjetividade é tolhido, levando às partes maior segurança jurídica.

Tais conceitos são formados com base em exercícios de abstração. Segundo Karl Larenz, em *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. (2001, p. 21), a partir da eliminação da particularidade formam-se conceitos de mais elevado grau de abstração aos quais se podem subsumir todos aqueles que lhe estão subordinados.

O exercício da abstração, embora traga não apenas uma simplificação, pois que dá ao enunciado uma capacidade maior de abrangência aos inúmeros e imprevistos casos concretos, traz consigo o ônus da imprecisão.

Preocupado com a abstração desses conceitos, o Código de Processo Civil, no artigo 489, § 1º, alerta:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...]

II- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. (grifo nosso)

Preocupou-se o legislador com a indispensável fundamentação da sentença, acrescentando ao antigo artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973 uma série de parágrafos e incisos que não existiam em tal dispositivo com a finalidade de se fazer cumprir um dos princípios constitucionais previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso)

É evidente que não poder ser dispensada a fundamentação, uma vez que nela o juiz enfrenta todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução da lide. Mais que isso, preocupou-se o legislador em apontar que a mera referência a um conceito jurídico indeterminado não é considerado fundamentação e a ausência desta é vício grave, podendo levar à sua nulidade absoluta.

Ao recorrer a um conceito jurídico indeterminado o juízo necessita integrar tal norma que possui maior grau de abstração e generalidade, compondo uma decisão determinativa. Em geral, a norma é composta por duas partes: a situação fática e o efeito jurídico. Quando a norma dispõe de ambas as partes definidas pelo legislador, está-se diante de uma norma fechada, cabendo ao juiz apenas identificar a situação fática, aplicando seus efeitos numa noção lógica de causa-consequência. No entanto, quando o legislador, ao elaborar a norma, fixa a situação fática, mas se omite quanto à consequência, o juízo está diante de um conceito jurídico indeterminado.

Como já mencionado anteriormente, são variados os casos os quais podem ser encontrados no Direito Civil. O preço vil da arrematação, o caráter manifestamente protelatório na interposição de recursos, o perigo de dano exigido para a concessão de tutela de urgência, a repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário, a grande repercussão social para a admissão do incidente de assunção de competência ou a relevância da matéria para a admissão do *amicus curiae* no processo. Assim, afirma Daniel Assumpção, em seu Novo Código de Processo Civil Comentado (2018), que

O legislador, ao criar conceitos jurídicos indeterminados, que são conceitos vagos, de definição imprecisa, praticamente delega ao juiz no caso concreto seu preenchimento, sendo tal fenômeno ainda mais robusto nas cláusulas gerais. Trata-se de considerável poder colocado nas mãos do juiz pelo legislador, e como é sabido, com todo grande poder vem uma grande responsabilidade. Diante da fluidez semântica do conceito jurídico indeterminado e das cláusulas gerais, caberá, ao juiz, a exposição dos motivos concretos de sua incidência no caso concreto. (NEVES, 2018, p. 853).

Esse poder que é colocado às mãos do juiz não pode servir de base para uma interpretação totalmente subjetiva, a nosso ver, pois que aí estaríamos diante de uma insegurança jurídica sem precedentes, fazendo valer a máxima de que “*tot homine, tot sententiae*.” (cada cabeça, uma sentença). Na metáfora machadiana, ao ser quase que lançado

à loja de quinquilharias pelo tálburi, Macedo exemplificaria metaforicamente este caso. Sua visão sobre a loja, o dono, as coisas que ali estão, o canário, sua gaiola e o mundo contrastam com a do canário: “*tot homine, tot sententiae*”. E, para este, isolado na ignorância, tudo mais era mentira.

Problema maior se vê na interpretação dos termos do Enunciado 162 do FONAJE, que, ao dizer que “não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9.099/95.” (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG), na visão de alguns, parece afastar a aplicação dos parágrafos do artigo 489 do Código de Processo Civil, retirando do magistrado a obrigação de, em nome da concisão, imiscuir-se da fundamentação necessária para a resolução da lide na sentença, deixando de expor a fixação de sentido que foi dada à norma, interpretação absurda, a nosso ver.

A questão que motiva a preocupação deste trabalho é exatamente o tênue limite entre a politização do juiz conferida por meio de seu poder criativo mediante a interpretação judicial e a garantia de sua imparcialidade, conforme será discutido no capítulo posterior. Como continuar imparcial e não ceder às pressões de grupos ou partidos com tanto poder na mão? E, em um primeiro momento já percebemos que um dos fatores que limitam esse poder do juiz é a própria Constituição e, mais adiante, vimos que o próprio texto legal do CPC estabelece limites e norte para a interpretação judicial, de modo a afastar o intérprete do modelo do canário ensimesmado e aproximá-lo ao canário fora da gaiola.

6 O SOLIPSISMO JUDICIAL E A METÁFORA MACHADIANA

6.1 O Solipsismo Judicial

De acordo com o Dicionário de Hermenêutica (2017) de Lênio Streck, a palavra solipsismo tem sua formação a partir de dois vocábulos latinos, a saber *solus*, que significa sozinho, e *ipse*, que significa mesmo. Nesse sentido, a palavra aponta para uma concepção filosófica inteiramente subjetiva sobre o mundo e o conhecimento, os quais estariam submetidos estritamente à consciência do sujeito. Sendo assim, o sujeito solipsista tende a enxergar o mundo a partir de seu próprio ponto de vista para o qual tudo converge e a partir do qual tudo emana.

No mundo do Direito, o sujeito solipsista fala de um local de fala autorizada, pois que está ancorado numa institucionalidade que lhe confere o poder divino de dizer a lei e, muitas vezes, este é um local extremamente delicado, uma vez que pode sair do local da fala autorizada e partir para um local de fala autoritária, à medida que extrapolando os limites semânticos e constitucionais e, imbuído de uma vontade não só de “fazer justiça”, mas de dizer o que é a justiça, o que é a “verdade”, passa a interpretar a lei baseando-se somente em critérios subjetivos na busca por uma “verdade real”.

Essa atitude é exemplificada no conto machadiano a partir da posição soberba que o canário assume ao construir o conceito de mundo de dentro de sua velha gaiola de taquara. Ali, o pássaro assume um ar de professor, reveste-se de uma autoridade e se torna o senhor da verdade verdadeira. Resgata-se o mito da caverna, que cria uma ilusão do real, à medida que o conceito é construído com base no mundo visível. O mundo, para ele era a loja velha e escura, o homem era seu criado e todo o resto era mentira.

Nesse sentido, são variadas as teorias contemporâneas que buscam a superação desse modelo em busca de uma atividade judicante mais adequada ao Estado Democrático de Direito, distanciando-se também do extremo objetivismo já superado desde a II Grande Guerra e compreendendo que o texto legal possui limitações semânticas as quais devem ser observadas pelo intérprete, o qual, equilibradamente, diante do texto, deve, de maneira sóbria, compreender que deve deixar que o texto apresente suas limitações. Mas é possível impor limites à interpretação?

Entendemos, pois, que, embora a Constituição e as leis infraconstitucionais, em especial aquelas que se encontram inseridas no ramo do Direito Privado, para o qual se orienta este trabalho, não possam ser vistas como uma espécie de dicionário que abarca um

sentido real, o qual será descoberto pelo intérprete por meio de uma fórmula ou método interpretativo mágico, tais textos normativos, ainda que contenham um grau de vagueza ou ambiguidade considerável, apresentam uma gama de enunciados sociojurídicos que devem ser interpretados a partir de um limite substancial importantíssimo que é a ideia de que todas elas foram compostas num espaço-tempo de um Estado Democrático de Direito e que, qualquer interpretação que não leve em consideração esse fator tão importante deve ser entendida como uma interpretação não legítima, ainda que tenha sido feita por um aplicador legítimo.

Nesse sentido, tendo o ordenamento jurídico como sistema, a exemplo do sistema biológico, o intérprete precisa ter em mente que seu trabalho vai além de uma técnica mecânica e que possui elementos limitadores, sob pena de sua interpretação convulsionar o sistema para, por fim, ser dele expurgada. A partir daí, podemos sim vislumbrar limites à atividade interpretativa à medida que, ao compreendermos a maneira como é realizada a interpretação e a aplicação do direito, temos cada vez mais próxima a possibilidade de um controle democrático das decisões judiciais e a garantia da ideia de justiça num Estado Democrático, distanciando-se do solipsismo e aproximando-se da coerência.

Aliás, a coerência e a coesão são outros limitadores da atividade interpretativa, uma vez que assegura às partes a segurança jurídica nas decisões judiciais, ainda que diante de uma zona de penumbra de significado, diante de um conceito vago.

Alguns argumentam no sentido da importância dos precedentes judiciais na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, o sistema de precedentes permitiria maior controle da discricionariedade judicial à medida que seria capaz de limitá-lo diante da instabilidade semântica do texto normativo. Daí, ainda que tais conceitos abrissem várias possibilidades semânticas, possibilitando a incidência da norma contida a inúmeras situações fáticas, os precedentes permitiriam um contingenciamento do sentido, garantindo maior isonomia de tratamento e maior segurança jurídica nos casos semelhantes e maior consistência ao discurso jurídico. Desse modo, o sentido de termos como “hipossuficiência”, contido no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, seria mais facilmente construído para fins de inversão do ônus da prova no Processo Civil.

No entanto, afirma Lênio Streck, em *Diálogos sino-luso-brasileiros sobre Jurisdição Constitucional e a Crítica Hermenêutica do Direito* de Lenio Luiz Streck (2019), que

Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora da comunidade em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da

integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana. (p. 7).

Tal coerência, explica o autor, quer dizer que o intérprete não pode decidir conforme sua consciência e tampouco argumentar contrariamente ao que foi decidido anteriormente a seu bel-prazer.

6.2 A Metáfora Machadiana e a interpretação judicial

O conto *Ideias de Canário*, o qual já havia sido publicado anteriormente, em 1895, na *Gazeta de Notícias*, antes mesmo de iniciar a história, desqualifica um dos protagonistas, identificando-o como “Um homem dado a estudos de ornitologia, por nome Macedo, referiu a alguns amigos um caso tão extraordinário que ninguém deu crédito. Alguns chegaram a supor que Macedo virou o juízo.” (ASSIS, 1957, p. 107).

Como visto anteriormente, o diálogo entre Macedo e o canário tenta fazer com que o pássaro compreenda a situação em que se encontrava e o pouco de zelo que teve seu dono, apontando o velho que estava sentado como possível dono do canário, mas este, preso ao seu mundo particular e ignorância, constrói um tacanho conceito de mundo, o que se transforma à medida que o canário muda de ambiente.

O conto machadiano traz-nos uma reflexão acerca da visão de mundo como uma interpretação plenamente subjetivista. Nota-se que a mudança do significado da palavra “mundo”, sob o prisma do canário, varia no decorrer do conto à medida que varia o contexto em que o canário se insere, demonstrando que a compreensão de mundo ou até mesmo sua interpretação parece estar norteada por um fator plena ou primordialmente subjetivo, no sentido de que a construção do conceito, está intimamente ligada à ilusão do real, ao mundo visível por ele, desconsiderando tudo que não estivesse dentro daquela velha e desorganizada loja de *belchior*.

As variações de significado das visões de mundo do canário, no conto machadiano, em um primeiro momento, parece remontarem a uma discussão aristotélica sobre a metafísica, uma vez que traça uma evolução do pensamento filosófico da aquisição do conhecimento, aproximando o diálogo entre Literatura e Filosofia. Ao se ocupar com as visões de mundo, Machado de Assis traz à tona, na figura do canário, uma metáfora acerca da aquisição de algo, mais especificamente, a aquisição do conceito, a construção do conhecimento, expresso por meio da linguagem.

O escuro da loja e o aprisionamento à gaiola, que cerceiam o pensamento do animal, parece ter-se apresentado como alegoria da caverna de Platão. De dentro daquela “caverna”, a visão de mundo do canário era limitada e só passa a ser mais vasta à medida que visita novos ares até chegar à libertação total da gaiola: nem na gaiola velha da loja de quinquilharias, nem na gaiola nova da casa de Macedo! O pássaro só parece chegar à compreensão mais ampla do sentido do conceito de mundo, quando se liberta e é capaz de vislumbrar o horizonte como algo infinito.

O Dicionário de Filosofia (2007) de Nicola Abbagnano aponta que a metafísica aristotélica “é a ciência primeira no sentido de fornecer a todas as outras o fundamento comum, ou seja, o objeto a que todas elas se referem e os princípios dos quais todas dependem” (p. 661). Na modernidade, Kant define a metafísica como um conhecimento especulativo que vai além das experiências.

Com as leis morais, porém, a situação é outra. Apenas na medida em que podem ser discernidas como fundadas *a priori* e necessárias, valem elas como leis; mesmo os conceitos e juízos sobre nós mesmos, e sobre tudo o que fazemos ou não fazemos, nada significam moralmente se contêm apenas o que se aprende da experiência. E, se caímos na tentação de transformar em princípios morais algo procedente desta última fonte, corremos o perigo de incorrer nos erros mais grosseiros e perniciosos. (KANT, 2013, p. 23)

No mundo jurídico, a metáfora machadiana encontra lugar não apenas no campo da busca pelo conhecimento através da interpretação dos fatos à luz de experiências próprias, no qual o intérprete corre o risco de, à semelhança do canário, cair numa visão ensimesmada da realidade, mas da própria construção de sentido do conceito e de sua densificação.

Para que o juiz possa aplicar a lei, é necessário que ele extraia dela seu sentido por meio da interpretação. Nesse sentido, o texto da lei seria uma espécie de fruto, cujo conteúdo, a norma, só pode ser extraído ao retirar a casca. Esse exercício de retirar a casca para acessar o conteúdo seria necessariamente a interpretação, um exercício, não físico, mas intelectual. A compreensão do signo linguístico, composto por significante e significado, perpassa, pois, por essa tarefa de passar pela casca (significante) para poder acessar o fruto (significado). Isso por ser a linguagem não apenas meio, mas elemento formador do direito.

Esse processo de busca pelo conteúdo semântico dos conceitos torna-se um tanto mais complexo, quando o juiz se depara com um termo indeterminado. Isso porque ele está diante de uma zona de penumbra, a qual parece ocultar o conteúdo à primeira vista. Explicando de outra forma, e aqui usando o caso da metáfora machadiana, esse processo de acesso ao significado de mundo, encontrava-se prejudicado, uma vez que o canário encontrava-se numa

espécie de zona de penumbra. E, de fato, a imagem trazida naquele conto é uma imagem de uma loja escura e empoeirada. É somente à medida que o canário vai deixando as sombras e partindo ao encontro da luz que o conceito vai sendo desvelado e ele pode construí-lo de uma melhor forma, exprimindo-o por meio da linguagem. O intérprete ao trazer à luz o significado de tais conceitos, necessita exprimi-lo por meio da linguagem para que possa dizer o direito.

Warat, em *O direito e sua linguagem*, afirma que

O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos, com os objetos que designa, com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada sintaxe; a segunda semântica; a terceira, pragmática. Estes três níveis de análises constituem as partes da semiótica, entendida como teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação. (1995. p.39.)

O texto legal é, pois, um signo que necessita de ser estudado pelo intérprete para que dele se extraia a norma. A pergunta que movimentava os diálogos entre Macedo e o canário desde a velha loja de belchior até o jardim de sua casa “O que é o mundo?” faz com que o canário tente construir o sentido de um signo: mundo. No mundo jurídico, essa pergunta poderia ser refeita como “o que é a norma?”, ou “qual é a norma?”. Diante do signo, o intérprete o estuda nos pontos de vista de sua relação com outros signos, com o objeto que designa e com os homens que o usam, ou seja, percorre caminhos sintáticos, semânticos e pragmáticos, ainda que diante de termos ou conceitos indeterminados e de cláusulas abertas.

Ao dizer que estes possuem um grau de abstração maior, ou que são dotados de ambiguidade ou imprecisão não pode significar que tenham significação indetermináveis, pois seria como afirmar que tais conceitos ou cláusulas não teriam conteúdo e, portanto, não seriam signos e, portanto, nada comunicariam. Seriam como um fruto formado somente pela casca, sem conteúdo algum.

Filgueiras Junior, em sua obra *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa* (2007), afirma que

O conceito é uma suma de ideias, produto da apreensão e reflexão do ser que conhece. Noutras palavras, poder-se-ia dizer que os conceitos são construções lógicas, criados a partir ou de impressões sensoriais e percepções, ou mesmo de experiências bem complexas. É assim que, do ponto de vista estrutural, o conceito se apresenta. (FILGUEIRAS JUNIOR, 2007, p. 35)

O conceito seria, pois, uma noção da realidade construída a partir de impressões. É nesse sentido que o conceito de mundo construído pelo pássaro vai-se modificando a partir das alterações que acontecem ao seu redor. À medida que suas experiências vão-se

aumentando, modifica-se sua visão de mundo e, conseqüentemente, sua ideia. No caso dos conceitos jurídicos, diferentemente de uma visão meramente pessoal do intérprete, deve refletir aquilo que o Direito vigente entende acerca de uma determinada situação fática. A lei seria, portanto, a tradução de conceitos.

Por isso, os termos constituem signos que dão ao jurista o ponto de partida para que possa construir um sentido normativo dotado de juridicidade. Ora, se as palavras são signos ou rótulos, pressupõem a existência de um significado ou de um rotulado. Admitir, ainda que hipoteticamente, a inexistência de um sentido que a palavra tenta expressar é desconsiderá-la como linguagem, é afirmar que nada comunica (...) Decorre desse entendimento que o conceito – e, portanto, o conceito jurídico – está entre a palavra e o objeto. (*idem*, p. 37)

Diante de conceitos indeterminados ou de cláusulas abertas, no entanto, o juiz se depara com incertezas de natureza semântica o que causa uma maior dificuldade na determinação dos sentidos normativos.

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. (...) podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGISCH, 1996, pp. 208-209)

Sobre essa incerteza Garcia de Enterría e Fernandez (2001, p. 460) afirmam que, embora haja uma zona de penumbra, todo conceito jurídico indeterminado possui um núcleo fixo ou uma zona de certeza constituída por dados prévios e seguros. Na metáfora do conceito de mundo, no conto de Machado de Assis, ainda que houvesse uma indeterminação do conceito, não é possível afirmar que o conceito era totalmente indeterminado, mas havia uma zona de certeza. No mundo jurídico, do mesmo modo, o juiz possui uma zona de certeza que guiará a construção do sentido no caso concreto, ainda que haja uma pluralidade. Nesse sentido haveria um limite interpretativo.

Se por um lado o juiz tem uma indeterminação do conceito, a exemplo do conceito de mundo, e um núcleo de certeza, por outro, há um azul infinito que não poderá ser desconsiderado: o ordenamento, uma vez que, como vimos, diante do caso concreto, a função do juiz/intérprete é buscar aquilo que o Direito vigente entende acerca de uma determinada situação fática ou, aquilo que seria coerente com o direito vigente, sob o risco de tomar decisões erradas com base em uma leitura precária.

Nádia Battella Gotlib afirma que “a literatura tem o dom de fornecer ao leitor uma porta aberta para as comparações com o seu próprio tempo” (GOTLIB, 2019 p. 10). A

metáfora machadiana surge também no sentido do perigo de uma leitura precária, que desconsidere o tempo, o lugar, e o ordenamento. Uma análise do texto que não leve em consideração os níveis sintáticos, semânticos e pragmáticos, pois que, ao fazer isso, o intérprete acaba por lançar ao esquecimento inúmeras possibilidades capazes de resolver o problema, lastreadas no ordenamento jurídico e nos princípios constitucionais, entregando-se solipsismo judicial. Sobre tal leitura, afirma o filósofo Bauman que

nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo ‘pré-fabricado’, em que certas coisas são importantes e outras não o são; em que as conveniências estabelecidas trazem certas coisas para a luz e deixam outras na sombra. (1997, p. 17)

Tal possibilidade encontra maior força diante de conceitos jurídicos vagos e imprecisos, pois, como vimos, necessitam de maior esforço cognitivo e criativo, uma vez que, a partir de tais conceitos, o intérprete busca extrair do enunciado uma norma que se aplique ao caso concreto.

Mas se seria por meio da libertação, da fuga da gaiola, que o intérprete alcançaria o sentido, é possível compreender que esta fuga seja sinônima de uma libertação total e completa de limites?

De fato o trabalho de Kelsen aponta para o sentido contrário a essa compreensão, pois que ali se verifica a ideia de que tal liberdade interpretativa do magistrado possui restrições decorrentes da lei.

A norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, 1996, p. 388)

O ordenamento jurídico possui, portanto, um escalão no qual a Constituição ocupa seu lugar no topo, regulando, amplamente, as regras infraconstitucionais e o poder do legislador, seguida pela lei, criada em consonância com os princípios e bases daquela e, baseado em ambas, o intérprete/aplicador do direito constrói sua interpretação dentro daquilo que Kelsen chamou de moldura. Ou seja, o poder discricionário do juiz estaria, pois, limitado também à moldura criada pelo ordenamento. Se o legislador conferiu uma liberdade ao juiz por meio da técnica de uma tessitura mais abstrata, esta liberdade está condicionada à moldura previamente existente.

O problema ocorre quando esse limite não é mais visto como limite propriamente dito e passa a ser encarado como um elemento que pode ser ampliado a partir de experiências subjetivas do magistrado, dando uma espécie de cheque em branco nas mãos do intérprete, o qual pode ou não se utilizar da moldura como estratégia argumentativa, ampliando ou restringindo seu poder decisório, utilizando-se de conhecimentos extrajurídicos para tal, seja para fazer aquilo que ele julgue ser o “justo”, “o bom” ou o “correto”. À medida que isso se amplia, diminui-se a sensação de segurança jurídica e, conseqüentemente, distancia o processo judicial da lógica mesma do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o intérprete/aplicador do direito que se encontrar numa gaiola velha de taquara, numa loja enxovalhada, decidirá A; o que se encontra numa bela varanda em uma gaiola de madeira, decidirá B; ao passo que aquele que voa pelo horizonte infinito e azul, decidirá C, ou ainda, o pior: o mesmo magistrado decidirá A, B e C em processos cujo objeto e circunstâncias sejam as mesmas.

É claro que a vasta extensão do território nacional e a crescente procura pelo judiciário fazem com que surjam diversos entendimentos sobre os assuntos levados à justiça. Tais entendimentos poderão convergir ou divergir uma vez que são inúmeros os magistrados e tribunais existentes no Brasil. Diante dessa heterogeneidade, surge o dever de coerência, já citado anteriormente, na aplicação das normas jurídicas, seja diante de conceitos vagos ou precisos.

Embora seja natural, portanto, a existência de divergências acerca de determinada matéria ou conceito, tal divergência sobre uma mesma regra pode comprometer a certeza que é exigida do direito pelas partes litigantes e isso exige do próprio sistema uma uniformização jurisprudencial.

Aliás, a própria Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso III, alínea c, aponta para a necessidade de uniformização jurisprudencial, ao tratar do cabimento de recurso especial quando existir divergência de interpretação de lei federal entre diferentes tribunais. Isso porque, é claro, não faz nenhum sentido que a mesma norma seja interpretada de forma diversa. Nos termos do revogado § 2º do artigo 1029 do Código de Processo Civil, seria vedado ao tribunal inadmitir recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial com base em fundamento genérico, sem demonstrar que se tratam de circunstâncias fáticas distintas. A revogação de tal parágrafo pela Lei 13256 de 2016 parece, no entanto, caminhar em sentido contrário ao espírito constitucional e ao espírito do próprio Código de Processo Civil de 2015, o qual busca garantir fundamentações sérias, coerentes e específicas.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais consolidado no diploma legal vem trazer, pois, uma maior segurança aos sujeitos do processo, uma vez que garante, em um primeiro plano, o poder de as partes elaborarem as razões recursais, bem como, garante ao órgão jurisdicional os fundamentos legais que basearam a decisão do juízo *a quo*, os quais servirão de lastro para que o Tribunal possa fundamentar sua decisão sobre o recurso. Mas não só isso. Afirma Greco Filho que a fundamentação judicial:

Tem ela por finalidade assegurar precipuamente duas coisas: a coerência lógica da decisão quer no plano fático, quer no plano jurídico, mas principalmente assegurar que a decisão tenha sido tomada com base em elementos contidos nos autos, os quais passaram pelo crivo do contraditório. Se o juiz pudesse decidir por convicção íntima, ficariam aniquilados os princípios do contraditório e da ampla defesa. (GRECO FILHO, 2010, p. 72)

Em outras palavras, a fundamentação judicial assume o papel de efetivação do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal (art. 5º, inciso, LIV, CF/88), garantindo a transparência na aplicação da lei. Nesse sentido, afirma Lênio Streck:

Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de sentire”, (...) (STRECK, 2013. p. 86)

Não pode, portanto, a decisão judicial estar lastreada na consciência subjetiva do “eu-juiz”, pois que, em assim sendo o ato de decidir conforme a lei confundir-se-á com uma escolha pessoal, e não com uma escolha jurídica. O intérprete e aplicador do direito deve compreender que está necessariamente vinculado a um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado no direito. Nesse diapasão, não se interpreta para compreender, mas compreende-se para interpretar. Conforme afirma Gadamer em *Verdade e Método*, “(...) a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concordância significa o fracasso da compreensão.” (GADAMER, 2008, p.72).

Voltando à metáfora machadiana, o canário não consegue realizar essa compreensão do todo, mas considera somente parte dele, pois que a gaiola o impede de ver o objeto o qual ele deseja conceituar e isso o leva ao erro, e mais, leva-o à prepotência de desconsiderar tudo

o quanto exista fora daquilo que o limita, a gaiola de taquara. Logo, sua visão tacanha de mundo é justificada apenas na parte, mas não existe o todo sem a parte, tampouco a parte sem o todo.

Kelsen (1996, p. 387) apresenta suas categorias de interpretação: a autêntica e a não-autêntica. Enquanto aquela é realizada por uma pessoa privada, aquela é realizada pelo órgão encarregado pela tarefa de aplicar o direito. Nesse sentido, a interpretação autêntica aqui, não estaria dentro da gaiola privada, mas fora dela. A moldura de Kelsen não poderia ser confundida com a gaiola que limita o canário, pois que, na metáfora machadiana, como demonstrado, ela representa as limitações da ignorância do pássaro com relação ao termo mundo a ser conceituado. O pássaro não poderia definir o mundo sem antes conhecê-lo. A moldura de Kelsen é o ordenamento, o todo. E, nesse sentido, cabem aqui as palavras de Bobbio sobre a importância da Teoria do Ordenamento Jurídico. Afirma que

antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerado não como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas. (BOBBIO, 1994, p. 21).

No âmbito jurídico, a moldura de Kelsen não se confunde com a gaiola de Machado de Assis, pois que esta não é limite do mundo, mas limite do ser. O intérprete engaiolado desconsidera o mundo (desconsidera o todo, o ordenamento, desconsidera o mundo dos fatos e do direito) e decide conforme sua própria consciência, coisa que não pode fazê-lo, pois que, se assim o fizer, provavelmente chegará também a uma interpretação tacanha, uma vez que não considera o todo, mas somente a parte. Por outro lado, se compreendêssemos a gaiola de Machado como a moldura de Kelsen, nós seríamos levados a erro, uma vez que ali, no conto machadiano, tal gaiola representa a ignorância, como a Alegoria da Caverna, e não seria possível afirmar que a moldura de Kelsen fecha o Direito ao mundo, aprisionando-o.

O canário de Machado, portanto, para definir o mundo, necessita se libertar daquilo que o impede de ver o objeto que ele deseja definir, conceituar: o mundo. O intérprete não poderia construir o conteúdo da norma sem conhecer o mundo que constitui o direito.

O artigo 10 do Código de Processo Civil proíbe expressamente que os juízes fundamentem suas decisões com base em argumentos que não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo se tratando de matéria que se tenha o dever de decidir de ofício. Decidir com base em sua consciência seria tolher o direito das partes, pois que desconhecendo as razões pessoais que motivam o magistrado, sequer teriam como defender seus direitos, pois que tais razões estariam fora do ordenamento jurídico pátrio.

7 CONCLUSÃO

Neste trabalho, pôde-se verificar que a utilização de termos jurídicos indeterminados, bem como a presença de cláusulas abertas é uma realidade presente nos diplomas legais que regem o Direito Civil e que estas não podem servir de pretexto para que, na construção da norma jurídica, o intérprete aja conforme sua consciência, através de uma decisão meramente subjetiva, baseada apenas em vivências pessoais, mas deve construí-la com base no todo, no ordenamento jurídico, liberando-se daquilo que o limita a si mesmo e partindo em busca de uma visão ampla, baseada no todo, no mundo jurídico. E, para isso, utilizou a metáfora machadiana para que a Literatura, em diálogo com o Direito, pudesse fornecer uma melhor compreensão dos limites do intérprete e do perigo de uma interpretação solipsista.

Verificou-se que, no mundo jurídico, a busca pelo sentido é fundamental para a concretização do Direito e que definir o que é “duração razoável”, “relevante repercussão social” e outros termos vagos seria abrir caminho para a solução de uma lide, pois que é isso que interessa aos sujeitos processuais: a solução do problema: o fazer ou não-fazer, o dar, o pagar.

Observou-se que a ampliação do poder do juiz tem estado presente na sociedade contemporânea e que surge cada vez mais a necessidade de uma atividade judicial no sentido de promover a efetivação dos preceitos constitucionais presentes no Direito Privado. Tal demanda tem propiciado, cada vez mais, o fenômeno da criação judicial do Direito por meio da interpretação, fazendo com que os tribunais possam atualizar ou inovar o direito por meio de suas decisões, operando de modo a mudar informalmente o texto legal, mas que isso não pode servir de pretexto para que o aplicador do direito se utilize das decisões judiciais como meio de positivizar suas impressões pessoais, através do que se chama de solipsismo judicial.

Viu-se que é necessário superar esse solipsismo em busca de um processo substancial e materialmente justo, no qual, as partes tenham garantidos todos os seus direitos. Para tanto, o juízo deve garantir os ideais de coerência e de integridade em sua decisão, ainda que diante de um termo cujo conteúdo seja vago ou aberto.

Para nortear as reflexões, utilizou o texto do conto Ideias de Canário, retirado do volume de contos intitulado Páginas Recolhidas (1889), escrito por Machado de Assis. Dali, extraiu as metáforas que julgou necessárias à compreensão da noção de interpretação e criação de conceitos, a saber: a metáfora da gaiola, como limites que aprisionam o intérprete a uma visão ensimesmada do objeto que se quer conceituar; a metáfora da visão de mundo do canário, a qual é construída, primeiramente, com base em visões ensimesmadas e,

posteriormente, ao conseguir se libertar da gaiola, consegue formular um conceito mais amplos, posto que somente após sua libertação é que possui uma visão ampliada do objeto a ser conceituado para fim de refletir o processo de construção do significado de um termo indeterminado; a metáfora do isolamento do intérprete, por meio das atitudes do ornitólogo fictício apresentado no conto que, ao querer construir um conceito sobre o mundo, isola-se dele, apresentando uma atitude reprovável a nosso ver por parte do intérprete no âmbito jurídico e, ainda, diferenciou-se a metáfora da moldura de Kelsen, da metáfora da gaiola de Machado de Assis.

Refletiu-se acerca das limitações que encontra o intérprete diante do ordenamento jurídico, apresentando a ideia de que alguns argumentam no sentido da importância dos precedentes judiciais na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e que, nesse sentido, o sistema de precedentes permitiria maior controle da discricionariedade judicial à medida que seria capaz de limitá-lo diante da instabilidade semântica do texto normativo.

A partir daí, demonstrou-se que é necessário conciliar a hermenêutica jurídica aos ideais democráticos plasmados na Constituição Federal, distanciando-se de modelos interpretativos que desconsiderem o ordenamento como um todo. Ao buscarem a justiça, as partes buscam por uma resposta adequada, devidamente fundamentada, e esta será consequência da observação de todos os outros princípios.

Através da metáfora machadiana, foi possível identificar a necessidade da compreensão para a interpretação e os perigos da análise da realidade baseada somente em experiências pessoais limitadoras.

A partir da análise da doutrina, viu-se que o ordenamento jurídico brasileiro rege-se por princípios os quais devem ser observados nas decisões judiciais, o que obriga o intérprete a realizar seu trabalho de maneira a compreender estar vinculado a um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado no direito.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. Verbetes sobre o cinismo. Martins Fontes, 5 ed, 2007, p. 175-180.
- ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- AQUINO, T. **Suma de Teologia**. Tradução e introdução Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento. Uberlândia: EDUFU, 2016.
- _____. **Suma contra os gentios**. Tradução D. Odilon Moura. Livro IV. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1990.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Livro Sétimo.
- ASSIS, M. de. **Páginas Recolhidas**. São Paulo: Gráfica Editora Brasileira Ltda, 1957, (Col. Obras Completas e Machado de Assis Vol. 15).
- BARRETO, V. de P. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 233- 235
- BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BORILE, G. O. Ensaio sobre a linguagem na ciência jurídica: comunicação, semiótica e hermenêutica do direito. **Cuadernos de Educación y Desarrollo**, Málaga, España, v. 58, p. 01-09, 2017.
- CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução por A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.
- CORDEIRO, A. F. B. **Teoria dos conceitos jurídicos “indeterminados” aplicada ao direito administrativo**. Dissertação de Mestrado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Marcelo da Costa Pinto Neves, 2011.
- CRÁTILO-PLATÃO. **Diálogo sobre a Justiça dos Nomes**. Tradução do grego Pe. Dias Palmeira Lisboa, Livraria Sá da Costa Editora, 1994.
- CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2018.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

DWORKIN, R. **Levando o Direito a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

ENFAM. **Enunciado nº 48**. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-pdf> acesso em 25 Ago. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução do estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 258.

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

FOUCAULT, M. A ordem do discurso. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

GADAMER, H. G. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GODOY, A. S. de M. **Direito e literatura**. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1438, 9 jun. de 2007. ano 12, n. 1438, 9 jun. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9995/direito-e-literatura> Acesso em: 25 out. 2012.

GOTLIB, N. B. **25 contos de Machado de Assis**. Org. Nádia Battella Gotlib. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil brasileiro**. Vol I. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERKENHOFF, J. B. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. 3. ed., rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KANT, I. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco *et all*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. **Metafísica dos Costumes**. Tradução Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. – Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. pp. 387-397.

KRELL, A. J. **Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 3. Ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 625.

_____. **Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica**. Madrid: Civitas; 2001.

MARION, M. **Ludwig Wittgenstein: Introdução ao Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução Bento Prado Neto. São Paulo. Editora Annablume, 2012.

MARTINS-COSTA, J. O Direito Privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 139, ano 35. Brasília: Senado Federal, jul/set, 1998.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, C. A. B. de. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**. 2º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NEVES, D.A.A. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 427.

ORLANDI, E. P. **O Discurso Fundador**. Campinas: Editora Pontes, 1993.

PÊCHEUX, M. **Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio**. Tradução Eni Puccinelli Orlandi *et al* 5. ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2014.

REALE, M. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm> >, Acesso em: 20 Out. 2021.

REQUIÃO, M. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: JusPodivm, 2011.

RIBEIRO, R. V. P. **O Direito na Literatura – Uma Releitura de Obras Sob a Ótica Jurídica –** Salvador: Editora Juspodivum, 2020.

ROZAS, L. B. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019.

SAUSSURE, F. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 2004.

SILVA, B. O. Dimensões DA Linguagem e a Efetividade Dos Direitos Fundamentais. **Revista do mestrado em direito (UFAL)**, v. 1, p. 169-198, 2006.

SILVA, J. A. da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STREK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 101.

_____. Solipsismo. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007

TEPEDINO, G. **Crise de 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. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Antônio Sergio Fabris, 2ª Ed. 1995.