

PAULA SARNO BRAGA

NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO

**O problema da repartição de competência
legislativa no Direito constitucional brasileiro**

Integridade e coerência na jurisprudência
do Supremo Tribunal Federal

2ª edição
revista, atualizada e ampliada

2022

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

PREMISSAS METODOLÓGICAS

Sumário • 1. Noções fundamentais: enunciado, norma e fontes do direito: 1.1. Enunciado, texto e norma; 1.2. Enunciados textuais abertos: cláusula geral e conceito jurídico indeterminado: 1.2.1. A construção dos enunciados normativos abertos: diferenças e semelhanças; 1.2.2. A reconstrução interpretativa dos enunciados normativos abertos. O papel do juiz; 1.2.3. Técnica legislativa (não-casuística) e aplicação por concreção; 1.2.4. O conceito jurídico indeterminado. A natureza e o alcance da sua “indeterminação”; 1.2.5. Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais em sua interação. Concretização e desenvolvimento judicial do direito; 1.3. Fontes do direito; 1.4. Espécies normativas: 1.4.1. Esclarecimento prévio; 1.4.2. Critérios distintivos entre princípios e regras: 1.4.2.1. Forma de prescrição de comportamento; 1.4.2.2. Fundamentação necessária para a sua aplicação; 1.4.2.3. Modo de contribuição para decisão; 1.4.2.4. Solução do conflito normativo; 1.4.3. Distinção adotada. Espécies distintas e articuladas (interativas); 1.4.4. Postulados – 2. Interpretação: 2.1. Interpretação e o seu objeto; 2.2. Interpretação de texto normativo; 2.3. Teorias da interpretação; 2.4. Interpretação como descrição, decisão e criação – 3. Espécies normativas constitucionais e sua interpretação: 3.1. A norma constitucional e suas peculiaridades; 3.2. Norma constitucional organizatória; 3.3. Normas de interpretação constitucional: 3.3.1. Considerações gerais; 3.3.2. Unidade da constituição; 3.3.3. Concordância prática (máxima eficácia, força normativa da constituição e efeito integrador); 3.3.4. Conformidade funcional; 3.3.5. Interpretação conforme a constituição; 3.4. Interpretação evolutiva e principiológica – 4. Considerações finais: a função dessas premissas metodológicas para a tese.

1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS: ENUNCIADO, NORMA E FONTES DO DIREITO

1.1. Enunciado, texto e norma

Não é difícil identificar confusões na literatura jurídica entre enunciado, texto e documento normativo, noções que, em alguns casos, chegam a ser vistas como indistinguíveis¹. Até mesmo as mais difundidas concepções demandam alguma ponderação e releitura.

1. Com tom diverso, comenta a confusão FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 208.

Basta tomar em consideração a definição, consideravelmente difundida de Guastini, de que o *texto* normativo é conjunto de *enunciados* normativos (ou “disposições”), construídos a partir de um discurso (“prescritivo”) desenvolvido no intuito de determinar a conduta humana; seria *documento* elaborado por autoridade investida no poder de produzi-lo, de modo a que seja reconhecida, de pronto, como fonte do direito em determinado sistema jurídico².

Assim, dissecando a colocação do autor, pode-se visualizar que: i) *formalmente*, haveria um documento³ (a fonte de direito); ii) *objetivamente*, o conteúdo que ele representa (enunciado ou disposição normativa prescritiva); e iii) *subjetivamente*, a autoria humana, que deve ser atribuída à autoridade devidamente investida no poder de elaborá-lo.

Cabem, contudo, algumas ressalvas.

Sob o ponto de vista *subjetivo*, de fato, há que se reconhecer a indispensável presença de autoria humana, produto cultural e linguístico que é o direito. Também se deve admitir que a autoria seja de uma autoridade competente para tanto, desde que se saliente que essa “autoridade” (ou ente) pode ser pública ou particular, e das mais diversas esferas e origens (ex.: legislativa, judicial, negocial, consuetudinária etc.)⁴.

Já em *termos objetivos*, deve-se simplesmente acatar que se tem como conteúdo enunciado ou composição de enunciados normativos, de caráter prescritivo, cuja função é regular a conduta humana, inclusive aquela voltada à produção de outros enunciados de norma (como as adotadas em processos legislativos, jurisdicionais, negociais etc.).

Pode-se dizer, ainda, em outras palavras, tratar-se de enunciado prescritivo hipotético, que prevê que, observada dada circunstância (*fattispecie* ou pressuposto fático), ter-se-á dado efeito jurídico como consequência⁵

2. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 23-25.

3. Cabendo lembrar que o documento é toda coisa que, através de símbolos (ex.: palavra, imagem etc.), represente fato ou ideia por obra de atividade humana (Cf., CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190).

4. Basta pensar, por exemplo, no precedente judicial. Trata-se de um enunciado textual elaborado pelo julgador, que, devidamente interpretado, permite a extração de norma geral a ser utilizada em casos futuros e semelhantes àquele.

5. GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 2.

(uma situação jurídica). A conduta humana prevista no conseqüente deve ser considerada prescrita (permitida, proibida ou obrigatória)⁶.

Também quando se trata de enunciado de norma que cuida da forma de produção de outras disposições normativas (processos), assim atuará, em caráter prescritivo e condicional. A diferença é que a previsão será de vários fatos e respectivos efeitos seriados, enlaçados e voltados para a produção do ato culminante e final (norma jurídica produzida)⁷.

Entretanto, é no *aspecto formal* que reside o verdadeiro e significativo problema. Isso porque, a rigor, nem todo enunciado normativo (ou reunião de enunciados) é representado em documento ou um texto documentado – i.e., em uma coisa. O enunciado não é, necessariamente, sequer textual, muito menos documentado. Pode consistir, por exemplo, em simples conteúdo prescritivo de um *ato* linguístico, de natureza consuetudinária ou negocial, selado gestualmente (ex.: quando se toma um ônibus ou se compra um refrigerante em máquina eletrônica)⁸.

Fincadas tais premissas, já se pode concluir que o *enunciado normativo é manifestação linguística de natureza prescritiva, emanada de sujeito competente, que se exterioriza por símbolos fonético-visuais* – podendo ou não ser textualizada/documentada⁹.

6. Cf. sobre o tema, VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 69, 70, 103 e 104; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, 1 t, p. 50, 63 e 64; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32 ss. Existem, contudo, divergências em doutrina sobre a estrutura lógica da norma jurídica que fogem ao escopo deste trabalho. Sobre o tema, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32 ss.
7. Para um maior aprofundamento no tema, sugere-se consultar os capítulos 2 e 3.
8. E, nesse particular, indispensável observar que esse ato normativo não se trata de ato singular e autônomo, mas, sim, do resultado de uma seqüência de atos e comportamentos encadeados e integrantes de procedimento que conduzem à sua produção. É o processo de produção jurídica. Em que pese entenda que o procedimento não é necessário e o seu resultado, ao invés de um ato, é um texto ou documento normativo (enquanto conjunto de enunciados prescritivos ou disposições), sugere-se consultar, GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 5. O tema já foi examinado em outro contexto: BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.
9. Diz Guastini que o enunciado pode conter uma ou mais proposições – considerada aqui proposição como conjunto de palavras, gestos ou signos que possuem sentido enquanto um todo -, em que pese nem toda proposição seja objeto de enunciado: “Um enunciado pode ser alternativamente: (a) ou uma ‘frase simples’, isto é, uma proposição independente;

Mas a *norma* não se confunde com o enunciado normativo. A norma é o significado de um enunciado normativo (enquanto signo), o sentido que a ele pode ser atribuído, como resultado da sua interpretação¹⁰.

(b) ou uma ‘frase complexa’, isto é, um agregado independente de proposições, constituído por uma proposição principal e por uma ou mais proposições a esta subordinadas” (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 25). Na visão de Bobbio, o enunciado é forma (expressão) e a proposição o seu significado normativo (a norma): “Por *enunciado* entendemos a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. Uma mesma proposição pode ser expressa por enunciados diversos quando se altera a forma gramatical. Por exemplo: ‘Mário ama Maria’ e ‘Maria é amada por Mário’, o significado é idêntico e o que muda é apenas a expressão; ou ainda na passagem do mesmo significado de uma expressão numa língua para o seu equivalente em outra” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 73; assim, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 208). Já Kelsen entende que as proposições ou enunciados, produzidos pela ciência jurídica, são descritivos, e tem caráter instrutivo (de ensinamento), não se confundindo com a norma, que é mandamento (comando/imperativo/permissão/atribuição). Mas não nega que normas são expressas por enunciados/proposições. E o que se destaca na distinção entre proposição e norma é a função desempenhada no âmbito de cada uma (conhecimento/descrição do Direito ou produção do Direito, respectivamente). (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 80 e 81). Mais apuro e precisão revela a opinião de Lourival Vilanova, que admite que a proposição ou juízo pode ser descritiva ou prescritiva (normativa), utilizando-a como sinônimo de enunciado ao longo de sua obra. E pode ser expressa linguisticamente por símbolos fonético-visuais, ou seja, verbalmente ou por escrito, em idiomas diversos, por gestos, placas de trânsito, desenhos, como ora se imagina. (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 37 ss.). E, acrescente-se, é da interpretação desse enunciado prescritivo que surge a norma, i.e., a estes símbolos/signos é atribuído significado normativo.

10. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e 54; BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 73 e 74; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 233; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26 e 27. Daí Ricardo Guastini, partindo da premissa de que a “disposição” é o enunciado normativo documentado, afirmar que “a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”. (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 25 e 26). Falando da norma como sentido construído, ROSITO, Francisco.

De um lado, tem-se o “enunciado” (signo) relativo a uma fonte normativa (ato legal, negocial etc.). De outro, a “norma”, enquanto seu sentido atribuído interpretativamente (significado). O intérprete funciona como a “ponte” que promove as associações e conexões necessárias entre ambos, de modo a atribuir ao signo (enunciado) aquele seu significado¹¹ normativo (norma dali extraída).

Mas nada disso quer ou pode denotar que o enunciado (sobretudo o textual) não tenha uma consistência mínima ou sentido normativo que preceda sua interpretação.

Aquele que cria o enunciado lhe confere um sentido que deve determinar a atividade daquele que o interpreta. O enunciado legislativo, por exemplo, carrega consigo um significado pré-concebido pelo legislador, assim como o conteúdo da sentença do juiz e do contrato selado entre suas partes. Não é só ao final do processo de interpretação que surge a norma jurídica, há um sentido normativo prévio a ser considerado e reconstruído.

Cabe, assim, questionar se só há, de fato, norma (enquanto significado) após a interpretação. Ora, o enunciado não é de todo independente do seu significado, nem o significado um dado autônomo e desprendido de sua origem (enunciado), que seja totalmente anterior ou totalmente posterior à interpretação. O significado dá-se em parte antes e em parte depois da atividade interpretativa¹². Há algo que preexiste e limita o intérprete e algo que só depois se constrói e o liberta. Por isso, cai bem dizer que a interpretação reconstrói, dentro de limites preexistentes.

Por exemplo, um enunciado que prescreva que é “proibido fumar”. Se colocado no corredor de determinado andar de um hotel, pode ter vários significados, como:

i) é proibido unicamente aspirar fumo picado e enrolado em papel fino;

Teoria dos Precedentes Judiciais – Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.

11. Cf., apesar de partir de acepção deveras mais ampla de significado preceptivo e de regra, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia.** Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 209, 213 e 396.
12. Cf. BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org). **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica.** G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 5 ss.

ii) é proibido aspirar qualquer produto que produza fumaça (charuto, cachimbo etc.);

iii) é proibido acender qualquer produto que gere fumaça (inclusive incensos ou queimar papel).

Entretanto, o enunciado tem uma margem mínima de sentido próprio que jamais permitiria que dele decorresse a proibição de ingestão de bebida alcohólica, por exemplo. A não ser que essa interpretação fosse promovida por destinatário que não conhece a língua que nele se expressa – quando os símbolos, juntos, não teriam significação alguma – ou que tivesse comprometida sua capacidade mental e intelectual por distúrbio de qualquer ordem¹³.

Esse esclarecimento é especialmente relevante no contexto da atividade judicial de interpretação e aplicação da lei. Isso porque há que se reconhecer a existência de um enunciado legislativo prévio (e norma prévia) que limita e subordina a atividade do juiz; mas, como o juiz não é totalmente por ele limitado e subordinado, goza de certa dose de liberdade interpretativa na reformulação do seu sentido e criação da norma do caso.

É o que se impõe em nome do equilíbrio democrático das funções estatais de legislar e “jurisdizer”, que implicam papéis próprios para legislador e juiz, porém articulados entre si, afinal:

se a norma jurídica só surgisse no final do processo de concretização, os juízes e órgãos de interpretação-aplicação em geral não estariam subordinados a nenhuma norma jurídica em sua atividade de concretização do direito; a dupla contingência entre a instância institucional da produção normativa (legislador em sentido amplo) e a instância de construção hermenêutica vinculante da norma (juiz no sentido amplo) implica remissão recíproca na dação de sentido (alter: ‘eu digo que tu dirás isso’; ego: ‘eu digo que tu disseste isso’). O órgão de interpretação-aplicação normativa não pode romper com essa dupla contingência, desconhecendo o órgão de produção institucional do direito¹⁴.

-
13. Cf. outros exemplos de BECCHI, Paulo. *Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neoscettica*. In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org). **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**. G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 5.
 14. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 126.

Isso não infirma, contudo, a conclusão de que o enunciado ou disposição normativa é objeto da interpretação e a norma, o seu resultado. Desse modo, se o enunciado é manifestação linguística sujeita a interpretação e ainda a ser interpretada, a norma é, por sua vez, o enunciado já interpretado e *reformulado* pelo intérprete, transformando-se no enunciado de linguagem do intérprete¹⁵.

Todo enunciado interpretado resulta em norma que também é enunciada. Daí se dizer que a produção normativa é cíclica. Por exemplo, o enunciado legislativo ou contratual interpretado pelo juiz resulta na norma que se manifestará em enunciado jurisdicional. O enunciado jurisdicional, por sua vez, pode ser objeto de interpretação por outro juiz que o tome como precedente para julgar um novo caso semelhante àquele originário, produzindo nova norma que se exteriorizará em outro enunciado jurisdicional. E assim sucessivamente.

E como não há correspondência exata entre disposição (enunciado) e norma, admite-se que:

i) de uma disposição (complexa ou ambígua) se extraia *mais de uma norma* (ex.: quando o STF reconhece a inconstitucionalidade de alguns dos sentidos que podem ser identificados na disposição da norma, preservando outros), considerando, inclusive, variações interpretativas no tempo, no espaço, de acordo com o intérprete e as circunstâncias vigentes¹⁶;

ii) de mais de uma disposição resulte *uma mesma norma* (como as disposições sinônimas, i.e., disposições que, não sendo idênticas, possuem o mesmo sentido, ou aquelas consideradas sistematicamente);

iii) haja norma sem disposição ou enunciado preciso e referente à dada fonte normativa, como aquelas implícitas, não expressas¹⁷;

15. GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 17 e 18.

16. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 210 e 211.

17. GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 18-22. É o caso da chamada atribuição indireta da norma a dispositivos normativos ou, pior, a um diploma normativo como um todo – sobretudo quando se encara um princípio constitucional implícito como derivação de um, alguns, ou todos os dispositivos constitucionais. Basta pensar que nos enunciados constitucionais relativos ao Estado de direito, em que se podem deitar as raízes das mais variadas regras e princípios, ou no fato de o princípio da razoabilidade decorrer de um todo constitucional sem individualização de um ou de alguns dispositivos – em que pese o STF identifique como sua sede o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF). (BRAGA, Paula Sarno.

iv) bem como um dispositivo textualizado, por exemplo, do qual não decorra *nenhuma norma*¹⁸.

Nesse contexto, pode-se dizer que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro”¹⁹.

Feitas as devidas diferenciações e definições, prossegue-se com foco nos enunciados normativos textualizados (escritos e documentados), de origem legislativa – em especial aqueles de textura aberta e indeterminada –, vez que são disposições dessa natureza que serão inicialmente aqui analisadas e interpretadas.

1.2. Enunciados textuais abertos: cláusula geral e conceito jurídico indeterminado

1.2.1. *A construção dos enunciados normativos abertos: diferenças e semelhanças*

O fenômeno da textualização normativa aberta vem 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 as inevitáveis evoluções sócio-axiológicas que se dão com o passar do tempo.

Devido Processo Legal nas Relações Privadas. Salvador: Juspodivm, p. 188-190). Isso evidenciaria a frouxidão do vínculo entre norma e dispositivo (no caso, constitucional) e a preocupação com a definição de limites a essa atribuição indireta de normas em especial, princípios, ao texto constitucional (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 90 e 91). Assim, um princípio não pode ser extraído indiretamente da Constituição de modo arbitrário, ou ao simples alvedrio do intérprete. É necessário que se justifique sua compatibilidade com o todo constitucional mediante carga extra de argumentação, para que não destoe e coloque em xeque a coerência do sistema (ex.: é incompatível a segregação racial ou de outra natureza em um Estado democrático de direito). Tudo isso é indispensável para o equilibrado funcionamento da ordem jurídica (especialmente a constitucional), mediante interação harmônica do legislador e juiz, na dinâmica entre regras e princípios, diante da complexidade do contexto social. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 92-94).

18. É o que se fala do preâmbulo da Constituição ao dispor que a sua promulgação se dá “sob a proteção de Deus”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23).
19. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22 e 23.

Há um ganho normativo em termos de durabilidade, adaptabilidade, justiça e coesão do sistema jurídico²⁰.

Manifesta-se, linguisticamente, em duas diferentes categorias: a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado.

Ambos caracterizam-se pela indeterminação *textual*, no conteúdo da disposição normativa (no suporte fático), a ser preenchida mediante atividade interpretativa.

Mas existe diferença. Por meio da cláusula geral, o legislador confere ao juiz o poder de determinar os efeitos jurídicos que decorrerão do enquadramento fático na hipótese normativa (ex.: efeitos que podem decorrer da quebra da cláusula da boa-fé)²¹. Já com o conceito jurídico indeterminado não lhe é concedido semelhante poder, visto que tais efeitos estão pré-definidos no ordenamento, e com base neles o magistrado irá julgar (ex.: a invalidade da arrematação é o efeito de lei quando preenchido o conceito indeterminado de “preço vil”, cf. art. 903, §1.º, I, CPC).

A cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado são técnicas de redação de texto normativo. Especificamente o conceito juridicamente indeterminado é termo ou expressão (vago ou aberto) empregado na redação de texto normativo, que pode constar no conteúdo de uma cláusula geral (sendo constante e útil na sua elaboração), mas também de outros tipos de enunciado²².

20. Cf., nos seus próprios termos, ROSELLI, Federico. *Clausole generale: l'uso giudiziario. Politica del diritto*, Bologna, n. 4, 1988, p. 670-672.

21. Cláudia Lima Marques ressalta que é possível que uma cláusula geral tenha consequência jurídica prevista em lei, sem excluir a liberdade do julgador de lhe atribuir outros efeitos: “(...) não se pode afirmar que uma norma contendo um conceito indeterminado (como o art. 51, IV, do CDC (LGL\1990\40), o § 138 ou o § 826 do BGB), por indicar a nulidade (§ 138 do BGB) ou a indenização (§ 826 do BGB) como sanção, jamais poderiam ser cláusula geral; ao contrário, a evolução da jurisprudência comprovou que, muitas vezes, são as mais importantes e eficientes das cláusulas gerais!” (ex.: art. 51, IV, CDC). (MARQUES, Claudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, 2002, p. 229 ss.). De fato, a quebra da boa-fé, por exemplo, pode conduzir a indenização e multas dos arts. 77, §2.º, 79, 81, CPC, sem exclusão de outras consequências atribuídas pelo juiz (como, por exemplo, a nulidade de um ato contraditório de arguir a impenhorabilidade de bem indicado pelo próprio devedor).

22. REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 43. Considerando conceitos jurídicos indeterminados também como técnica legislativa, LAGO JR., Antonio. *A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres*

Em outras palavras. Em uma cláusula geral, pode haver conceitos indeterminados. Cláusula geral é o enunciado normativo; conceito indeterminado pode ser uma parte desse enunciado, ou de um enunciado normativo que não seja cláusula geral. Essa é a diferença. Rigorosamente, os dois não poderiam ser distinguidos por terem uma natureza diversa.

Distinguem-se “pela margem de liberdade do aplicador e pelos efeitos jurídicos”, conclui Ávila²³. Nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha de conteúdo e de efeitos²⁴, já nos conceitos indeterminados só há escolha substancial, de conteúdo²⁵. Mas sempre há abertura e vagueza linguística e semântica – ainda que assim não seja no âmbito eficaz.

Daí poder-se afirmar que qualquer das duas espécies apontadas deve ser interpretada com muita atenção, sobretudo por aquele que é o intérprete por excelência, o juiz²⁶.

de proteção. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13864/1/Texto%20completo.%20Vers%C3%A3o%20dep%C3%B3sito.pdf>>. Acesso em 15 jun 2014, p. 125.

23. ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 436.
24. Reconhece aí atitude discricionária MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 1190-1192. Heine-mann não só a reconhece, como também diz que existiria diante de preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. (HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 37, 2009, p. 24). Negam essa discricionariedade judicial, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299; COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/180, 1990, p. 53; ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 435.
25. ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 436.
26. Se qualquer operador do direito pode interpretar, só um grupo específico deles está autorizado a realizar a interpretação em sua plenitude, de modo a concretizar o direito e construir a chamada “norma de decisão”, em caráter definitivo: os juízes. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24 e 25). Segundo Kelsen, é o chamado “intérprete autêntico”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394). Já

1.2.2. A reconstrução interpretativa dos enunciados normativos abertos. O papel do juiz

Ao construir e fundamentar uma norma de decisão, não pode o magistrado se contentar em transcrever o enunciado de lei e suas expressões normativas abertas, *ipsis literis*, aspeadas, e afirmar imperativamente que se aplicam ao caso. Seria simplesmente dizer o que já foi dito, em abstrato, pelo seu verdadeiro autor: o legislador.

O papel do juiz é outro; a obra que reclama sua autoria é diversa. Espera-se que enfrente essa indeterminação conceitual abstratamente observada, de modo a determinar o seu conteúdo no caso concreto em apreciação²⁷⁻²⁸.

Para além de revelar o que compreende daquela noção vaga, considerando dados sistemáticos (ex.: precedentes, outros dispositivos de lei correlacionados, ditames principiológicos) e extra-sistemáticos (ex.: usos, *standards*²⁹, padrões

na visão de Wróblewski, o legislador é o intérprete autêntico. (WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 2001, p. 27 e 28).

27. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120.
28. Inclusive, o art. 489, §1.º, CPC-2015, demonstra preocupação com a fundamentação das decisões que invocam tais enunciados, dispondo que “§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...)”.
29. Os autores anglo-americanos definem o *standard* como um tipo de “norma geral” do direito que se refere a concepções e condutas do tráfico normal, que são consideradas razoáveis. Para Esser seria, contudo, uma técnica de formação de normas, que fornece um critério de decidir a partir da remissão às concepções vigentes de valor, dever ou diligência. Seria o caso dos *standards* do “comerciante ordenado”, da “lealdade no trabalho” etc., que determinam, cada um no seu âmbito, o “grau de tolerância jurídica”. (ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 123 ss.). Pode-se dizer ser o *standard* um modelo real, normal e mediano de comportamento, aceito em dado contexto social, que pode ser tomado como um padrão axiologicamente ideal, a ser invocado e concretizado no caso a julgar, quando o juiz for a ele direcionado pela ordem jurídica vigente. (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 660 e 661; cf. LAGO JR., Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13864/1/Texto%20Completo.%20Vers%C3%A3o%20dep%C3%B3sito.pdf>>. Acesso em 15 jun 2014, p. 39). Não deixaria de ser, também, um “argumento utilizado pelo intérprete na aplicação