

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ARTIGO

CLÁUSULAS GERAIS E DIREITO PROCESSUAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E EFETIVIDADE DO PARADIGMA DA JURISDIÇÃO INTERPRETATIVA

GENERAL TERMS AND PROCEDURAL LAW: HISTORIC EVOLUTION AND EFFECTIVENESS OF THE INTERPRETATIVE JURISDICTION

DANIEL GUIMARÃES GONÇALVES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais
guimagon@yahoo.com.br

RESUMO: Busca-se analisar o tema das cláusulas gerais abordando, sobretudo, suas peculiaridades vistas sob o prisma do direito processual. Para tanto, inaugura-se a dissertação buscando de forma sucinta a evolução do contexto histórico que redundou na atual opção pela forma de jurisdição interpretativa, visando ilustrar alguns fatores que revelam a essência do fenômeno dos conceitos indeterminados. Ato contínuo, abordam-se algumas das principais características relativas a essa modalidade normativa, em um aspecto geral, comparando-as com suas congêneres legislativas de viés concretista. Em derradeiro, perfaz-se uma célere explanação sobre algumas cláusulas gerais processuais em específico, vertendo-se o foco de análise do objeto em estudo para o campo especificamente instrumental, tendo como arquétipo central a lei processual civil.

PALAVRAS-CHAVE: cláusulas gerais; conceitos indeterminados; Constituição; processo; jurisdição.

ABSTRACT: The proposed subject is analyzed the general theme of addressing, in particular, the peculiarities inherent to her views on the aspect of procedural law. Thus, opening up the work of looking briefly the evolution of the historical context that has led to the current option by way of interpretative jurisdiction, to illustrate some factors that show the essence of the phenomenon of indeterminate concepts. Continuous act, broken up some of the key characteristics for this mode in a normative perspective, comparing them with their legislative counterparts in concretism bias. In last, make it a swift explanation of some general procedures in particular, pouring up the focus of analysis to study the object in the field specifically instrumental, with the central archetype the civil process law.

KEY WORDS: general terms; indeterminate concepts; Constitution; process; jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. Modernas codificações. 4. Evolução constitucional. 5. Direito Processual Constitucional. 6. Cláusulas gerais (tentáculos constitucionais que permeiam a legislação ordinária). 7. Das cláusulas gerais processuais. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Como intróito ao presente estudo, far-se-á uma breve panorâmica do tema a ser abordado, bem como de seus propósitos e finalidades, visando, acima de tudo, a um contato inicial com a matéria.

Mencionada introdução, além de elucidar o tema aos não afeitos, fornecendo uma noção geral da obra, também pretende demonstrar a motivação do estudo, bem como as pretensões almejadas em sua conclusão.

Deve-se começar pela contextualização histórica da matéria, que tem o nítido escopo de fornecer ao leitor subsídios necessários para a compreensão do exposto, uma vez que nas páginas

que se seguem abordar-se-á o tema proposto utilizando-se do método histórico evolutivo, sobretudo no que toca à evolução da atividade jurisdicional ao longo dos anos, culminando com a faculdade interpretativa propiciada com a utilização das cláusulas gerais processuais.

Esse apanhado histórico faz-se necessário para que se possa ter a real dimensão do processo evolutivo em que se insere o tema das cláusulas gerais, *maxime*, dentro da sistemática do direito instrumental. Entender as modificações no contexto histórico em que está inserida a matéria é de suma importância, já que o direito, como uma ciência humana, é reflexo dos valores sociais existentes em cada época. Logo, a modificação das práticas sociais leva à alteração das normas jurídicas, pois, do contrário, quedar-se-ão ineficazes ante a ausência de sintonia com os anseios da coletividade à qual se destina.

Assim, inicia-se sobredita análise no “século das luzes” (XVIII), auge dos ideais iluministas e do governo liberal, buscando mostrar a influência de tais valores sobre o sistema jurídico processual e seus reflexos na atividade legiferante, bem como no múnus jurisdicional.

Após, aborda-se, de forma sucinta, as causas que levaram à mudança de orientação na esfera sociopolítica, e as consequências advindas da passagem ao Estado do Bem-Estar Social, bem como seus reflexos no ramo do direito em debate, representando a lenta e gradual adoção de um novo paradigma processual, com a adoção do sistema aos conceitos abertos.

Adentrando o conteúdo jurídico propriamente dito, traremos à baila, inicialmente, aspectos relativos à ciência jurídica em toda sua amplitude, analisando o atual estágio de diversificação em que se encontram as codificações modernas, passando em seguida para o estudo evolutivo das Constituições Federais durante todo o período considerado, com especial enfoque nos princípios constitucionais de natureza fundamental. Ainda nessa trilha, buscar-se-á a compreensão do chamado Direito Processual Constitucional e o surgimento das chamadas cláusulas gerais.

Finalizando a parte introdutória, tecer-se-ão alguns comentários sobre os objetivos incutidos na abordagem do tema, ou seja, sobre qual seria a finalidade prática do presente texto monográfico.

Sem maiores elucubrações, pretende-se fomentar os debates acerca do exposto, por considerá-lo tema imprescindível dentro da hodierna sistemática processual, e, quiçá, contribuir de forma singela e despretensiosa para sua elucidação, eis que, por vezes, sua aplicação prática se mostra coberta de nuvens obscuras de incerteza, que impedem sua plena contemplação.

2. Evolução histórica

Na abordagem do tema, faz-se necessária uma prévia passagem pelo contexto evolutivo em que se encontra inserido, visando, acima de tudo, compreender os motivos históricos que se constituem como causas determinantes da modificação aventada, afinal, como dito alhures, as alterações no campo jurídico são, em regra, reflexos das transformações que brotam no seio da coletividade.

Destarte, entender o processo socioevolutivo se revela de suma importância para o dimensionamento do Direito tal como este se mostra na atualidade. Assim, desprezar os fatores históricos responsáveis pela evolução da normatividade equivaleria a tentar compreender, no campo aritmético, o produto de uma equação, sem, contudo, valer-se dos fatores e variáveis que lhe deram causa.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 1992, p. 18).

O intérprete que busca a melhor exegese do ordenamento jurídico, não pode escusar-se de tal orientação, sob pena de ter uma compreensão totalmente limitada da realidade jurídica, aprisionando-se à letra morta da norma positivada, incapaz de vislumbrar sua essência, ou seja, os valores sociais que a ela visa proteger e que levaram à sua efetivação enquanto direito posto.

2.1. Do Estado Liberal ao Estado Social

Pretende-se abordar aqui as profundas transformações resultantes da passagem do Estado Liberal burguês ao Estado Social, uma vez que tal mudança de ideologia mostra-se essencial para compreensão das mutações perpetradas na atividade jurisdicional.

Há que se gizar que aludidas transformações não ocorreram de um momento para outro; são, ao revés, produto de um longo processo histórico evolutivo por qual passou toda a sociedade ocidental, resultante da saturação do sistema liberal de governo, focado, sobretudo, na liberdade individual, e culminando na adoção do denominado Estado Social, cujo principal mote era a garantia da justiça social.

Destarte, sobredita inversão de valores, perpetrada pela mudança nos sistemas orientadores do Estado, teve importantes reflexos no ordenamento jurídico vigente à época, que, como demonstrado, absorveu aos poucos os novos valores que pululavam na atmosfera coletiva, resultando em sua inexorável evolução.

Com a ascensão do liberalismo, os burgueses que outrora detinham tão somente o poder econômico, sendo constantemente subjugados pela ociosa monarquia dos bem nascidos, que dominavam a faceta política do Estado, passaram a almejar o posto então ocupado pelos nobres, a fim de implementar um sistema de governo que atendesse aos seus anseios mercantis, ou seja, um sistema que se adaptasse às práticas comerciais capitalistas, com todos os instrumentos garantidores desse sistema econômico.

Após o triunfo do Estado Liberal, buscou-se a todo custo proteger a liberdade formal, consubstanciada pela máxima “todos os homens são iguais perante a lei”. A classe burguesa ansiava pelo fim do intervencionismo estatal na economia, característica marcante do então Estado Absolutista, uma vez que tal prática constituía nítido óbice ao livre comércio.

O Estado passa a ser visto como um mal necessário: suas atividades deveriam ser drasticamente restringidas, limitando-se a aspectos que margeiam a atividade econômica e sobressaindo-se no papel de garantidor da liberdade individual de seus súditos. Surgia o então chamado Estado mínimo.

Com a derrocada dos Estados Absolutos e o consequente exaurimento dos arbitrários poderes do monarca soberano, passou-se a viver sob o império da legalidade, isto é, das leis criadas pela burguesia na defesa de seus interesses.

A positivação jurídica visava pôr termo à insegurança reinante nos tempos do absolutismo, quando mesmo as decisões judiciais eram proferidas sob a tutela do monarca, que impunha seus interesses aos pretórios. Desse ponto em diante, as “regras do jogo” estavam postas de forma objetiva, conferindo uma estabilidade maior às relações sociais, e, consequentemente, às relações negociais.

Outro artifício utilizado pelos liberais no afã de obstar o arbítrio estatal consistiu na adoção do sistema de tripartição do poder, ou sistema de freios e contrapesos. Aludido sistema, embora mantenha a unidade do poder nas mãos do Estado, atribui parcelas desta soberania a órgãos distintos, que passam a se contrabalancear, fiscalizando-se mutuamente.

Assim, Executivo, Legislativo e Judiciário, além de exercerem suas funções precípuas, detêm a prerrogativa de fiscalizarem-se, visando coibir o desenfreado arbítrio estatal, resguardando a liberdade dos súditos, o respeito às leis e proporcionando maior constância social.

Com a separação dos poderes, surge de forma nítida a função jurisdicional do Estado.

O Poder Judiciário passa a exercer a tutela dos direitos individuais conquistados, sejam relacionados com a liberdade, sejam relacionados com a propriedade, especialmente contra as atividades arbitrárias do próprio Estado. (ALMEIDA, 2001, p. 4).

Em que pesem os benefícios trazidos pela ideologia liberal do século XVIII, como degrau evolutivo indispensável à formação das doutrinas econômicas que se seguiram, a verdade é que aludido sistema implodiu-se por suas próprias contradições, eis que excessivamente preocupado com os aspectos formais dos valores por ele escudados. Pecou diante da fragilidade de sua atuação no âmbito substancial, ou seja, no efetivo fomento de seus vetores sociais.

A teoria do Estado mínimo limitava drasticamente as ações sociais do Estado, principalmente em relação à adoção de medidas que visassem fomentar a igualdade material entre os membros da coletividade.

De fato, tem-se como principal bandeira do Estado Liberal a autorregulamentação da economia, uma vez que, apoiados nos ensinamentos de Adam Smith e sua obra “A Riqueza das Nações”, o mercado, munido de sua “mão invisível”, é capaz de encontrar seu próprio ponto de equilíbrio, dispensando qualquer espécie de intervencionismo governamental.

Logo, as políticas estatais não deveriam imiscuir-se na dinâmica mercadológica, pois esta se autorregularia de acordo com suas próprias normas e necessidades, a exemplo da lei da oferta e da procura.

Bonavides (2004, p. 40) diz que:

[...] na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.

Contudo, o desenfreado crescimento econômico das grandes indústrias, seguido pelo paradoxal empobrecimento das classes dominadas, tornara as relações socioeconômicas nitidamente desiguais. A tão festejada liberdade torna-se fator determinante para a dominação pelo mais forte, já que em condições equânimes, a vontade deste, sempre prevalecia sobre os interesses dos hipossuficientes.

Com a chancela do poder público, que se encontrava de mãos atadas pela legislação vigente à época, a burguesia prosperou largamente, e, em busca da cobiçada mais-valia, explorou de forma desumana e devastadora a classe operária e sua mão de obra desvalorizada. À liberdade de uns, tornou-se a desigualdade de muitos.

Não é, pois, a liberdade do arbítrio. É, antes, a liberdade ética, de que tanto falam, desde Hegel, os publicistas alemães. Leva Vierkandt seu pensamento às últimas consequências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade do liberalismo, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome. (BONAVIDES, 2004, p. 61).

Passando à seara jurídica, pouco interessava aos antigos habitantes dos burgos que o aplicador da lei detivesse qualquer margem de liberalidade ou independência na interpretação das leis positivadas, pois isto se tornaria um fator de insegurança em relação às suas pretensões dominantes.

Ora, uma vez munido de poderes exegéticos, o juiz estaria livre para adotar entendimentos destoantes da lógica mercantilista, tão cara aos proprietários dos meios de produção. Logo, melhor seria tolher-lhe qualquer margem de autonomia, impondo-lhe uma ordem jurídica detalhista e casuística, em que caberia ao mesmo o mero exercício de subsunção formal entre fato e norma. Feito isso, tornar-se-ia bem mais fácil impor a vontade dominante, pois o julgador estaria adstrito a ditar o texto legal tal como este se encontrava grafado.

Com esse escopo, a burguesia buscou a todo custo a criação de diplomas legais que abarcassem uma vasta gama de acontecimentos, transformando-os em hipóteses jurídicas e vinculando a cada uma

delas a solução que mais se adaptaria as suas pretensões (mito da completude do ordenamento jurídico), como bem se pode observar com a criação do Código Civil Napoleônico, na França do século XVIII. Tal diploma se notabilizou por sua grandiosa envergadura, percorrendo páginas e páginas na vã tentativa de regulamentar, de modo específico, toda sorte de litígios que poderiam brotar do convívio social.

Nesse aspecto, Paulo Bonavides, tecendo comentários sobre a hodiernamente denominada doutrina neoliberal e revisitando ensinamentos de seus precursores, assevera:

Isto importava desterrar do campo das idéias o debate acerca da melhor forma de governar povos e nações. O Estado neoliberal cuidava haver alcançado a solidez e a eternidade que outrora os filósofos franceses da revolução buscavam com os códigos e as Constituições. Assim aconteceu a muitos adeptos do neoliberalismo. Arrogantes e passionais, nos traziam já à memória o constituinte jacobino que, professando o culto supremo da lei e da razão para destruir a sociedade feudal, cominava a pena de morte a quem ousasse propor emendas à Constituição; ou Napoleão, perplexo, estranhando a necessidade do comentário jurídico aos artigos do seu código. (BONAVIDES, 2008, p. 3).

Daí surge a famigerada figura do “juiz boca da lei”, um julgador engessado, malfadado à repetição literal do texto legal averbado nos diplomas. Impende salientarmos, mesmo a título de curiosidade, que sobredito árbitro surgiu em substituição ao chamado juiz “boca do rei”, que, à semelhança daquele, tinha tolhida sua autonomia, tendo como fator de distinção o fato de que se mostrava atrelado não à lei, mas aos desmandos advindos do monarca absoluto.

E, conforme assinala Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, doutrinadora de escol [2003, p. 2], para coroar toda esta fenomenal estrutura milimetricamente construída, o paradigma da lei era corroborado pelo outro paradigma co-irmão, referente à fase do dizer o direito – quer dizer, a fase do dizer a lei, já que esta era o direito – expressando-se por meio da figura do juiz

que, de modo inerentemente sofismático, reproduzia o comando hipotético e abstrato da norma jurídica. (HIRONAKA, 2003, *apud* ANDRADE, 2009, p. 17).

Por todo o exposto, pode-se concluir que, dentro do Estado Liberal, a burguesia adquirira poderes quase ilimitados, manipulando todo o artefato estatal em prol de seus desideratos.

Porém, cansada de ser explorada e oprimida, a classe proletária se rebelou, tendo como resultado o que a história convencionou chamar de “revoluções operárias”. Em seu ato de revolta, os trabalhadores passaram a exigir do Estado maior participação no fomento à igualdade, à justiça social, tanto por meio de políticas governamentais, como também pela confecção de leis que visassem amenizar a agressividade das práticas comerciais burguesas e, conseqüentemente, abrandar a exploração abusiva dos trabalhadores. Exsurge assim o embrião do Estado de Bem-estar Social, ou como fora chamado em sua origem, *Welfare State*.

Com as transformações perpetradas pelo Estado Social, a antiga concepção liberal do Estado mínimo passou a ser gradualmente substituída por um ideal mais intervencionista, atribuindo-se ao próprio Estado, em todas as suas facetas, a tarefa de fomentar a justiça social, substancialmente considerada, propiciando não só uma liberdade formal entre seus súditos, como também uma efetiva igualdade entre os mesmos. Nota-se aqui uma negação aos valores liberais e uma visão cada vez mais coletivizada e socializante do múnus estatal, visto sob a ótica da intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

Em atenção a tal mudança de paradigmas, vale transcrever os ensinamentos de Fernando Noronha:

A justiça substancial, ou material, ou, ainda, como diz Larenz, a justiça compensatória, não se contenta com essa igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justi-

ça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam a adequada contrapartida dos sacrifícios que assume. (NORONHA, 1994, p. 221).

O Estado não mais se restringia à esfera restrita imposta pela doutrina liberal, passando a possuir novas e importantes atribuições. Há de se remarcar a providencial lição proferida por Fernando Rodrigues Martins, em artigo intitulado “Direitos Humanos do Devedor”, onde aduz:

Sabe-se que o grande mote do *Welfare State* tem como assento pôr termo às desigualdades sociais ou, pelo menos, a mitigação das diferenças dos diversos segmentos da sociedade. Tal evidência tanto se reflete a partir do campo do direito público, bem como na seara do direito privado. Prova disso, é que nos países desenvolvidos e democráticos a precipitação na tutela do cidadão é uma luta constante (‘One man, One vote’). (MARTINS, 2005).

Reforçando tais proposições, o sempre lembrado professor Paulo Bonavides leciona:

[...] o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto Estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou forma deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual. Nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social. (BONAVIDES, 2004, p. 186).

Volvendo-se à esfera jurídica, esta se caracteriza pela tutela dos interesses sociais ou direitos fundamentais de segunda geração, abandonando o caráter individualista do período anterior, ou seja, configura-se uma proteção não só aos valores individuais, às chamadas liberdades públicas, como ocorrera anteriormente, mas sim aos interesses de maior abrangência, que passam a um patamar superior de relevância.

À guisa de exemplo, tal mudança vislumbra-se evidente com o surgimento da cláusula geral que apregoa a função social da propriedade. Ora, a propriedade privada, anteriormente tida como absoluta, fora soerguida como um dos sustentáculos do direito visto sobre a ótica liberal. Posto isto, sua relativização através da submissão a uma função socializante, ou seja, ao interesse comum, elucidam de forma nítida a transformação acima referida.

As posições jurídicas – antes absolutas, no auge do individualismo – são crescentemente moduladas. O proprietário, para o ser legitimamente, deve considerar os interesses do não proprietário; o credor do devedor; o fornecedor do consumidor, e assim sucessiva e reciprocamente. Lorenzetti menciona a passagem do 'sujeito isolado' para o 'sujeito situado'. (LORENZETTI, 1998 *apud* BRAGA NETTO, 2003, p. 83).

Ainda no campo exemplificativo, reflexos dessas transformações são nitidamente percebidos inclusive no direito obrigacional, pois, a partir do séc. XX, com o advento do Estado interventor, nota-se o ocaso de princípios como a autonomia da vontade plena e o relativismo contratual, substituídos por valores que prestigiam a função social deste instrumento. Nessa trilha, visava-se atingir objetivos bem definidos, balizados pela dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, qual seja, o contrato passaria a ser visto como meio de circulação de riqueza se não de um veículo utilizado para sua concentração.

Em atenção às argutas colocações do mestre Gustavo Tepedino, vale lembrar:

O legislador despe-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal, [...] para assumir um papel intervencionista, voltado para consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial. (TEPEDINO, 2004, p. 220).

Claro reflexo do *Welfare State*, a função social do contrato instrumentaliza o Estado na busca pela mitigação das injustiças sociais, em que este atua como fiscal, intervindo nas relações entre particulares sempre que julgar necessário, a fim de tutelar os valores constitucionais, numa incessante busca pela harmonização dos interesses individuais e coletivos. Visando conciliar os valores individuais e coletivos do contrato, leciona Miguel Reale:

[...] ser o contrato ‘um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida’. (REALE, 1986, p. 10 *apud* ALVES, 2003).

Segundo Braga Netto, “[...] a relevância jurídica de certos atos passa a depender, cada vez menos, da previsão, escrita e formal, em leis e contratos, e mais da efetiva e substancial importância que ostentam para a convivência social. O direito passa a ser menos texto e mais contexto”. (BRAGA NETTO, 2003, p. 14).

Para Antonio Junqueira de Azevedo, a idéia de função social do contrato ‘está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos valores fundamentais da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro.’ (AZEVEDO, 1998 *apud* MATIETO, 2005, p. 201).

Portanto, há que se concluir que a isonomia formal, importante conquista do liberalismo, quando analisada num contexto de desigualdade entre as partes, torna-se instrumento de aprisionamento do mais fraco, que tem sua vontade subjugada; como dizia Lacordaire em sua máxima: “entre fortes e fracos, a liberdade é quem aprisiona, e o direito é quem liberta”.

Destarte, é dever do Estado intervir na proteção dos hipossuficientes, por meio de um conjunto normativo que garanta a igualdade substancial dos membros da coletividade. E foi o Estado de Bem-Estar Social que colocou isso em prática. Não de forma ideal e acabada, mas de forma paliativa.

Imperioso afirmar-se que, mesmo hodiernamente, ainda se busca a efetiva aplicação desses preceitos, o que, por sinal, é o grande mote do trabalho ora desenvolvido, uma vez que a adoção das chamadas cláusulas gerais no direito processual civil tem origem nesse contexto, pois, como há de se ver, tais cláusulas afiguram-se como instrumento em prol da efetividade da tutela estatal, por consubstanciar veículo utilizado para aplicação dos direitos e garantias fundamentais na resolução dos conflitos sociais.

3. Modernas codificações

Conforme anteriormente demonstrado, no que pertine aos diplomas legais, observa-se, até pouco tempo, a existência de institutos de direito civil com uma estrutura demasiadamente abrangente, com códigos que buscavam abarcar toda matéria relativa ao direito privado.

Tais codificações, em sua hipotética completude, continham um sem-número de dispositivos que traziam um alto grau de concretude, de modo que, tolhidos de qualquer abstração, visavam impor ao Estado-juiz a cega observância ao texto positivado. Como já mencionado, tal fato objetivava, sobretudo, garantir a segurança jurídica das instituições do Estado Liberal, protegendo a liberdade individual e a propriedade privada, em especial a dos meios de produção.

Contudo, atualmente, é fácil constatar uma crescente fragmentação dessas unidades teóricas em disciplinas legislativas cada vez mais específicas e delimitadas. Observam-se nítidas transformações no modo de produção legislativa até então adotado, que se refletem na criação de leis especiais, que visam, sobretudo, atender ao grau de complexidade para o qual evoluíram as relações sociais na vida contemporânea, retirando do Código Civil o *status* que antes lhe era conferido, de verdadeira constituição do direito privado.

O novo Código não olhará tanto para si. Haverá, se quisermos uma imagem literária, um déficit narcisístico em relação aos seus antepassados. Os novos civilistas se acostumaram a ler o Código como mais uma lei, entre tantas, todas, por óbvio, sujeitas aos conteúdos normativos da Constituição. É certo, até pela amplitude temática, que certa referencialidade não se lhe pode retirar. O que muda é o intercâmbio normativo de informações. De exportador contumaz, o Código talvez passe a importar, progressivamente, soluções de outros setores, algo impensável na sistemática clássica. (BRAGA NETTO, 2003, p. 11)

Exemplo claro da sobredita evolução foi a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), norma específica que rege as relações de consumo realizadas entre os mais distintos membros da sociedade. Tal ordenamento surgiu como resposta às necessidades sociais por um diploma que tratasse especificamente da matéria, fornecendo instrumentos diferenciados que se enquadrassem na evolução perpetrada nesta seara, em oposição aos arcaicos e inadequados métodos disponibilizados pelo Código Civil de 1916.

A obra “Responsabilidade civil por danos a consumidores”, coordenada pelo civilista Carlos Alberto Bittar, ao tratar do tema, traz as seguintes ponderações:

O advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8708, de 11-09-1990) representou extraordinário avanço no plano da proteção de direitos individuais, pois mecanismos novos de tutela de interesses morais e patrimoniais lesados foram adicionados à técnica jurídica, na busca da realização da justiça nas relações de consumo.

Instrumentos próprios de defesa foram consagrados no Código, com o objetivo de propiciar efetiva proteção aos consumidores, dentro da inclinação declarada para amparo aos economicamente mais fracos.

[...]

Criou-se, assim, sistema jurídico próprio para a defesa dos consumidores, sob normas de ordem pública e especiais, compreendendo-se, em seu contexto, disposições de cunho administrativo, civil e penal, desde que por essas três áreas se estende a proteção do Direito a pessoas envolvidas em relações de consumo.

[...]

Esse regime protetivo é pontilhado de normas em que se procurou ajustar o Direito então vigente à evolução operada no campo negocial, onde se relacionam empresas, de grande, médio e pequeno portes, estatais ou privadas, com pessoas físicas ou jurídicas, de fins os mais variados.

As desigualdades econômicas que imperam em nosso meio provocaram, então, a necessária reação, de que resultou um esquema rígido e amplo de amparo aos interesses dos mais fracos nas citadas relações. (BITTAR, 1992).

Obviamente, por tratar-se de diploma inovador, tal *codex* optou, nitidamente, pela adoção da nova técnica legislativa, inclusive no que toca aos aspectos processuais, trazendo regras de caráter socializante, afins à sistemática constitucional vigente, revestindo-as da obrigatoriedade inerente aos mandamentos de natureza cogente.

A abordagem do tema em comento se mostra relevante na medida em que foram tais leis pioneiras na implantação das cláusulas gerais na legislação infraconstitucional, tanto as de índole material como as que permeiam o campo processual. Quanto a este último, vale mencionar o festejado art. 84 do CDC, que, dentre seus dispositivos, traz, no § 5º, cláusula geral de aplicação da tutela específica, medida esta que será objeto de análise pormenorizada na sequência do estudo.

Em que pese ter-se mencionado especificamente o CDC, por ser o mais relevante nesse particular, sobreditas ponderações calham à variada gama legislativa, que, munidas dos valores referidos, exibem preceitos permeados de valores eminentemente generalizantes. Nesse passo, pode se mencionar os Estatutos da Criança e do Adolescente (1990), da Cidade (2001), do Idoso (2003), etc.

4. Evolução constitucional

É no âmbito constitucional que se percebe mais claramente as transformações decorrentes da evolução na orientação da política estatal, justamente por ser a lei fundamental que fornece os ditames principiológicos que esteiam toda superestrutura estatal, apontando o norte a ser seguido pelas políticas governamentais.

As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado Liberal, instrumentalizando o poder público com os aparatos necessários para a consecução dos objetivos agora impressos na aludida Lei Fundamental.

No Brasil, mencionadas transformações se deram, sobretudo, em virtude da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, já que ela rompe com uma tendência liberal em que se apoiou o Estado brasileiro em sua história recente. Deixando a *Lex maxima* de ser um diploma tipicamente político, submersa em normas de cunho predominantemente programático, passou a abarcar, inicialmente, preceitos de cunho individual – as chamadas liberdades negativas ou direitos fundamentais de primeira geração – e, posteriormente, inserindo no ordenamento pátrio valores de viés socializante, regulamentando relações que extrapolam a esfera meramente particular.

Das soberbas colocações da dupla espanhola Joaquín Arce e Flórez-Valdez, extraídas da Obra “El Derecho Civil Constitucional”, apreende-se:

A Constituição espanhola de 1978 não é só um instrumento político que configura e ordena os poderes do Estado, em um certo sentido tradicional. Nossa Constituição é, além disso, uma norma jurídica que, ao fundamentar-se no ‘princípio de limitação do poder’, reconhece ou outorga verdadeiros direitos ao cidadão frente à organização estatal. Através deste dado, manifesta-se precisamente seu caráter de norma jurídica, que se registra, assim, desde um ponto de vista genético constitucional até uma análise técnico-jurídica. (ARCE; FLÓREZ-VALDEZ, 1986, tradução nossa).¹

Nessa tônica, há de ressaltar-se a importância dos princípios fundamentais consagrados na novel Carta constitucional, pois constituem a positivação da orientação política e dos valores sociais que devem nortear todo o ordenamento, isto é, tanto os demais ditames presentes na norma superior, quanto os de natureza hierarquicamente inferior – as conhecidas normas infraconstitucionais. Nesse aspecto, impende-se acentuar que mencionados princípios permeiam todo texto constitucional, não se limitando à seara preliminar da Carta em questão, conforme difundido por alguns doutrinadores de tendências mais conservadoras.

Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da consistente inflação legislativa em relação a outras, e tendo em vista as orientações do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, constituem parâmetros sob os quais deve ser orientado o estudo, a reforma e a própria efetivação do direito no âmbito de uma ordem jurídica democrática. (ALMEIDA, 2008, p. 4).

Como dito, os princípios constitucionais fundamentais formam o ápice da cadeia sistêmica; são valores que balizam toda extensão do ordenamento jurídico, que deve a eles se adequar, eis que representam

¹ “La Constitución española de 1978 no es sólo um instrumento político que configura y ordena los poderes del Estado, em um cierto sentido tradicional. Nuestra Constitución es, además, una norma jurídica que, al fundamentarse em el ‘principio de limitación del poder’, reconoce u otorga verdaderos derechos al ciudadano frente a la organización estatal. Através de este dato se manifiesta precisamente su carácter de norma jurídica, que se patentiza, así desde un punto de vista genético constitucional como desde una análisis técnico-jurídico.” (ARCE; FLÓREZ-VALDEZ, 1986).

justamente a vontade social, ou seja, o anseio da coletividade em ter respaldados seus valores mais representativos, vislumbrando no Direito o ideal de justiça e ofertando-lhe a imprescindível eficácia normativa pela observância do dever ser positivado.

Dentre os direitos fundamentais, há de se atribuir especial destaque ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, devido a seu alto teor valorativo, é o grande norteador de todo o conteúdo constitucional. Aqui, nota-se o antropocentrismo permeando o campo jurídico, com a valorização do ser humano, sua racionalidade e autodeterminação, principalmente após os absurdos perpetrados durante a 2ª Guerra Mundial.

Flávia Piovesan e Renato Vieira expõem de forma concisa a representatividade de aludido princípio, a partir de sua relevância valorativa na unificação do sistema jurídico. Vejamos:

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.

[...]

Esta é a vertente contemporânea do Direito do Pós Guerra, tanto no âmbito internacional, como no âmbito local. Vale dizer, o Pós Guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado no valor da dignidade humana. Se no plano internacional, o impacto desta vertente se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor inerente a pessoa), no plano dos constitucionalismos locais, essa vertente se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pontue-se ainda, a interação entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e os Direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental. (PIOVESAN; VIEIRA, 2003, p. 398).

Muito embora os princípios constitucionais contenham mandamentos genéricos e abstratos, tendo como uma de suas finalidades a interpretação do ordenamento como um todo, sua função não se restringe a aludido desiderato. Ao revés, tais direitos fundamentais são plenamente aplicáveis ao caso concreto, equivocando-se quem lhes negue efetividade sob o argumento de configurarem normas meramente programáticas, pois, ao serem confrontados com a realidade posta, tais mandamentos criam o direito subjetivo, fornecendo ao particular a prerrogativa de exigir do Estado sua efetiva proteção através da tutela correspondente. Assim, os princípios constitucionais possuem plena capacidade de transporem a esfera meramente interpretativa, incidindo diretamente sobre a realidade empírica.

Na mesma via da interpretação construtiva de Ronald Dworkin, José Carlos Vieira de Andrade assevera:

O princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição”. Isto é, sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para que esse fim os concretize por via interpretativa. (ANDRADE, 2004, *apud* MARINONI, 2004, p. 300)

Nesse diapasão, o ponto convergente entre a positivação dos princípios constitucionais fundamentais e as transformações decorrentes da evolução da orientação política estatal, de liberal para social, tema dessa introdução, encontra-se justamente no fato de serem estes princípios os garantidores dos ideais ou valores mais afetos ao Estado do Bem Estar Social. Por meio deles, coube ao Poder Constituinte Originário confeccionar a nova Constituição da República, alicerçada em preceitos que fortalecessem e estabilizassem essa nova ordem.

Nesse ritmo, a adoção das hipóteses típicas abertas, ou cláusulas gerais, espelha nitidamente essa transformação principiológica

ocorrida no Direito como um todo. Os princípios constitucionais e seus valores são o pivô de toda evolução perpetrada tanto no direito material como processual, na qual se insere justamente a adoção dos conceitos elásticos, cuja precípua finalidade é conferir efetividade a mencionados valores fundamentais por meio da legislação ordinária.

5. Direito Processual Constitucional

Dentro dessa temática, impossível não mencionar o surgimento do Direito Processual Constitucional, que consiste justamente na releitura do direito processual à luz dos princípios consagrados na Constituição, até porque, muitos dos princípios inspiradores das relações processuais não se encontram nos diplomas instrumentais, massim na Constituição Federal, cujos mandamentos se transformaram em legado essencial a favor da unidade do ordenamento.

Ao intérprete da lei, mormente o magistrado, impõe-se uma releitura dos textos legais sob o novo prisma constitucional, conferindo a tais mandamentos, por meio de uma atividade interpretativa, tonalidade mais afeita aos valores lá consagrados.

A esse respeito, vale colacionar as providenciais lições de Fredie Didier:

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio

da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, nos sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais. (DIDIER, 2009, p. 71).

Insistindo nesse ponto, valem as ponderações de Gustavo Tepedino, para quem, por encontrarem-se as normas constitucionais no vértice da pirâmide normativa, devem elas nortear toda a legislação “inferior”, que passa a ser interpretada à luz de seus ensinamentos. Cite-se: “Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior”. (TEPEDINO, 2004, p. 219).

Em face da crescente unificação do ordenamento sob a égide da Lei Máxima, nota-se uma salutar promiscuidade entre os ramos do direito denominados público e privado. Nesse passo, institutos anteriormente pertencentes a determinada seara, passam a fluir com harmonia entre ambos os vértices.

Como consequência da adoção deste novo arquétipo, há que se vislumbrar inicialmente uma crescente publicização do direito privado; uma maior incidência de preceitos de ordem pública em setores antes regulamentados por normas de conteúdo eminentemente privado, que, assim, a exemplo de toda a legislação, passaram a ser esculpidos pelo sopro constitucional, visando conferir ao ordenamento sua real dimensão, em conformidade com os fundamentos que esteiam toda a sistemática jurídica.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, o ‘direito civil constitucionalizado’, isto é, o direito civil transformado pela normativa constitucional, tem como fundamentos a superação da lógica patrimonial (proprietária, produtivista, empresarial) pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no

âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição. (MORAES, 1993, *apud* MATTIETO, 2000).

A adjetivação do direito civil, dito ‘constitucionalizado, socializado, despatrimonializado’, ressalta o trabalho que incumbe ao intérprete de ler a legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 1999, *apud* MATTIETO, 2000).

Sobre o mesmo prisma unificante, não são poucos os autores que, ao abordarem o tema dos preceitos indeterminados, pontificam que seu surgimento se dera inicialmente no direito privado. Uma vez aprovada em tal esfera, essa técnica legislativa passou a preencher também os diplomas processuais, tidos como codificações de direito público. Ao certo, sendo as cláusulas gerais instrumentos para consolidação dos princípios constitucionais, e, sendo estes aplicáveis indiscriminadamente a toda legislação, mostra-se salutar a adoção daquelas em ambos os casos.

Nesta esteira de argumentos, melhor seria somar forças aos doutrinadores, que, livrando-se das correntes tradicionalistas que entravam a melhor exegese, vislumbram o futuro do direito contemporâneo, vaticinando o fim da dicotomia público-privado.

Razões não lhes faltam, pois é notória a inter-relação existente entre normas que teoricamente se destinam a regular as relações entre particulares e aquelas que se direcionam tão somente ao interesse estatal ou coletivo, numa salutar simbiose. Doravante, não há que se falar em direitos meramente individuais, já que interessa a toda coletividade a manutenção do equilíbrio social, estando incutida nesse conceito a harmonia nas relações entre particulares, que passa a ser tutelada pelo Estado.

Sobre o fim da dicotomia:

Não se olvide, porém, que o advento de uma legislação extravagante e da própria CF pôs fim à discrepância entre o direito público e o direito privado. Veja-se, a contento, o disposto no art. 170 da novel Constituição Federal que ao mesmo tempo em que dá abrigo à livre concorrência e à propriedade privada, estabelece que todo mercado privado deve observar a defesa do consumidor, a soberania nacional, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais, defendendo-se o pleno emprego, o meio ambiente e as empresas nacionais de pequeno porte.

Posto isto, de concluir que o direito privado não é mais o mesmo, senão uma nova disciplina autônoma que é forjada pela própria distribuição de renda. É por assim dizer o direito econômico, sujeito em determinadas circunstâncias ao controle estatal.

Veja-se, por último, que o art. 1º do CDC trata referido diploma como sendo de ordem pública e de interesse social, portanto cogente. Assim, mesmo que norma de ordem pública, regula o CDC uma série infindável de relações entre particulares na sociedade. (MARTINS, 2005, p. 3).

Portanto, toda produção legislativa posterior à Constituição Cidadã deve adaptar-se a seus princípios, norteando nestes sua interpretação. A adoção das cláusulas gerais nada mais é do que a adequação dessa vertente jurídica aos princípios consagrados em nossa lei máxima.

6. Cláusulas gerais (tentáculos constitucionais que permeiam a legislação ordinária)

Como já dito outrora, apesar de serem normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, os princípios constitucionais, vez ou outra, têm sua efetividade tolhida pelos aplicadores da lei, que, valendo-se de uma interpretação canhestra, vislumbram em tais normas uma natureza programática, carentes de posterior complementação pela via infraconstitucional. Isso posto, tais mandamentos seriam apenas previsões de um direito ideal, que ainda está por vir.

Ante o exposto, no intuito de dar vazão aos valores então represados pelo estigma programático, optou o legislador por incorporá-los

diretamente às leis ordinárias, por meio de instrumentos que servissem ao intérprete como elo entre estas e os direitos fundamentais, fazendo-o através das denominadas Cláusulas Gerais. Tais cláusulas propiciam a integração internormativa, facilitando a migração de conceitos e valores da Constituição para a legislação subalterna.

As cláusulas gerais são de suma importância na criação de uma regulamentação que se adapte aos anseios da dinâmica sociedade moderna, pois, embora não desçam às minúcias do caso concreto, por serem mandamentos gerais e abstratos, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo assim capazes de abarcar as constantes transformações perpetradas no seio da sociedade.

A incorporação das cláusulas gerais ao Direito vem justamente atender à diversidade de demandas que brotam de forma incessante na sociedade moderna, propiciando ao jurista “[...] fazer prevalecer os valores mais caros ao ordenamento, em todas as situações novas que desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na atual sociedade tecnológica de massa”. (TEPEDINO, 2004, p. 217).

Dentro da atual tendência de diversificação legislativa do Direito contemporâneo, as cláusulas gerais surgem como uma forma de manter a unidade axiológica do sistema, incutindo nas legislações esparsas os valores fundamentais consagrados no vértice de todo o ordenamento.

A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade e abertura, tornar possível regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser já previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida. (MATTIETO, 2005, p. 86).

Vimos que as cláusulas gerais, por serem o veículo utilizado para que os valores fundamentais permeiem a legislação infraconstitucional, devem possuir mandamentos generalizantes. De tal fato decorre um alargamento da área de abrangência conferida ao texto legal ordinário, que passa a incidir sobre um número mais vasto de hipóteses.

Em que pese a relevância de tal característica, esta não se apresenta como a única consequência significativa da adoção do dispositivo em estudo. Ora, como visto alhures, os conceitos indeterminados também servem ao propósito de oferecerem a constante evolução do arcabouço legislativo, que, afastando a prática das constantes alterações anteriormente verificadas na própria redação legal, amolda-se às novas condições fáticas, mantendo intactas as disposições que formam o tipo normativo.

Ambas as características, quais sejam, dilação da realidade fática abrangida e maior adequação ao contexto social, “perenizando” o mandamento legal, mostram-se viáveis, em razão da maleabilidade conferida às expressões que constituem o texto da lei, facultando ao magistrado aplicar a exegese que melhor se subsuma à situação real de conflito que lhe é submetida, mesmo que originariamente não previstas pelo legislador.

É certo que todo e qualquer ditame legal, por maior que seja sua inflexibilidade, é passível de interpretação. Até mesmo uma legislação engessada pode propiciar ao exegeta o poder de conferir o significado que entenda mais correto a determinado vocábulo, extraindo daí um sentido subjetivado da regra posta.

Entrementes, as cláusulas gerais configuram a evolução da prática interpretativa, pois conferem ao juiz o poder, ou ônus, de criar a norma legal do caso concreto. Nesse passo, embora se atendo aos parâmetros previamente traçados no dispositivo legal, o magistrado não só interpreta o vocábulo legal, optando por um ou outro significado, mas confere, ele mesmo, todo um leque de valores abrangidos pela norma, traçando ainda as consequências que decorrem de sua violação.

Ciente de que tal linha de distinção afigura-se tênue, sendo muitas vezes árdua sua constatação, vale socorrer-se dos ensinamentos de Judith Martins Costa, providencialmente citada por Ruy Alves Henriques Filho:

Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral. (HENRIQUES FILHO, 2010, p. 10-11).

Assevere-se que a utilização da modalidade legislativa em questão não resultou no absoluto abandono do casuismo legal; ao contrário, deve prevalecer um equilíbrio entre ambas as técnicas, que, mescladas, contrabalanceiam a necessidade de um ordenamento arejado pelos preceitos indeterminados, com o clamor por uma legislação que confira a seus súditos a tão desejada segurança jurídica.

A adoção maciça das cláusulas gerais não implica dizer, no entanto, inadvertidamente, que o ordenamento abriu mão do conceitualismo de certos institutos. Um sistema ideal deve ter a aplicação balanceada, com dispositivos legais fechados (casuísticos) e hipóteses legais para o preenchimento (cláusula geral), pois a heterogeneidade evita o engessamento provocado por um sistema fechado, assim como diminui o grau de incerteza que pode ser gerado por um diploma impregnado apenas de cláusulas gerais. (ANDRADE, 2009, p. 17).

Como passo subsequente, analisam-se as cláusulas gerais sob a ótica específica da legislação processual.

7. Das cláusulas gerais processuais

No âmbito processual, o conceito de cláusulas gerais se mostra indissociável do princípio do devido processo legal, considerado em seu viés substancial. Este, qualificado como noção de conteúdo variável ou hipótese típica aberta, não estabelece, *a priori*, suas consequências jurídicas, senão traz uma pauta de valores a serem observados no decurso do processo, a serem historicamente preenchidos.

Observar o devido processo legal, substancialmente falando, é assegurar aos atores do enredo processual a garantia de todos os seus direitos fundamentais, sejam eles formais ou materiais. Perceba-se que esta acepção do princípio não se contenta em tutelar tão somente a observância das regras formais, de mero procedimento, como intimações, prazos e demais ditames instrumentais, mas sim assegurar àqueles que participam da relação processual garantias constitucionais, como a efetividade da tutela jurisdicional, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, integridade e mesmo o direito à vida.

Face ao exposto, pode-se afirmar que o princípio em tela vale-se precisamente das cláusulas gerais na busca de seu desiderato, pois munido de um conteúdo genérico, propicia a imersão dos atos processuais no vívido fluído dos princípios constitucionais.

Saliente-se ainda, que, por localizar-se no vértice da sistemática processual, o princípio do devido processo legal rege todos os demais princípios instrumentais, isto é, somente estarão atendidas as exigências do processo devido, se observados todos os demais princípios existentes no ordenamento.

Abordando de forma particularizada as cláusulas gerais existentes na legislação processual infraconstitucional, doravante enumerar-se-ão alguns exemplos desse instituto verificados no Código de Processo Civil.

O primeiro deles é o mandamento da boa-fé: caracteriza-se pelo dever de agir de forma proba, justa e honesta durante todo o período em que vigorar o embate jurídico. Tal princípio pode ser

melhor compreendido por meio dos chamados deveres anexos de conduta, que impõe às partes a obrigação de cuidado, informação e cooperação, que sempre devem existir em uma relação processual, atingindo não só os litigantes mas todos aqueles que porventura atuarem no processo. Tais deveres cumprem a tarefa de preservar as legítimas expectativas criadas em qualquer um dos litigantes, mantendo-se a confiança depositada no Estado na condução do processo, eis que a boa-fé está umbilicalmente ligada a tal característica.

Tratando da boa-fé objetiva, considerada em seu sentido *lato*, vale colacionar a incisiva explanação de Leonardo Mattiето:

Toda conduta ou agir comunicativo, ‘além de carrear uma pretensão de veracidade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente’, implicando, de modo geral, uma autovinculação. A ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada no comportamento: poder confiar, além de ser ‘uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens’, é ‘condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação’. (MATTIETO, 2005, p. 76).

Diz-se objetiva, porque esta boa-fé independe do comportamento subjetivo dos contratantes. Não cabe aqui analisar se a pessoa que lesou os preceitos da boa-fé o fez de forma intencional, se houve culpa ou não; nestes casos, não se analisam os aspectos volitivos ou psíquicos do titular da ação, mas sim a mera infração aos deveres supramencionados.

Cumpra rapidamente relembrar que, enquanto a boa-fé subjetiva está intimamente relacionada com a animosidade do sujeito, a boa-fé objetiva desliga-se completamente do elemento vontade, para focalizar sua atenção na comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar de um homem médio, reticente, do bom pai de família. O eixo da análise é deslocado. Enquanto na primeira modalidade o reconhecimento do *animus nocendi* é vital, na segunda desimporta. (USTARRÓZ, 2009).

Ciente de tais considerações, o legislador pátrio grafou no código instrumental cível, em seu art. 14, inciso II, previsão legal contendo expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva, como dever não somente dos litigantes, mas de todos aqueles que porventura interferirem na relação processual. *Ipsis verbis*:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

II – proceder com lealdade e boa-fé; [...]

Abordando especificamente o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral inserida no contexto processual, Fredie Didier, com a peculiar maestria, leciona:

Trata-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral. (DIDIER, 2009, p. 46).

Nessa trilha de argumentos, vale mencionar a reincidente exigência feita pelo CPC, da necessidade dos já consagrados *fumus boni iures* e *periculum in mora* para a concessão das tutelas de urgência, uma vez que, como sabido, estas se baseiam em cognição de natureza meramente sumária, impondo-se tais requisitos, em regra, como *conditio sine qua non* pra sua imposição.

Mesmo que travestidas em expressões diversas, como nos casos das medidas cautelares ou de antecipação dos efeitos da tutela, tais

exigências se notabilizam pela abstração de seu conteúdo, pois, caberá somente ao juiz, diante das vicissitudes que circundam o caso concreto, complementar o tipo legal, dizendo tratar-se ou não de evento que possa redundar em ineficácia da futura prestação jurisdicional, e se os argumentos esposados pelo requerente o convencem minimamente da existência do direito pleiteado. A título de exemplo, *vide* art. 273 do CPC.

No ensejo, o próprio poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 do Código Processual Civil, nada mais é do que uma cláusula geral preventiva. A fim de confirmar tal assertiva, faz-se necessário tão somente a leitura do dispositivo supramencionado, constatando-se a vagueza de seu conteúdo em expressões como “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”. Na íntegra:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (CPC, art. 798)

Na sequência, e culminando essa exposição exemplificativa, faz-se imperiosa a menção ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, posteriormente incorporado pelo CPC em seu art. 461, que institui, no âmbito executivo, cláusulas gerais processuais que facultam ao magistrado, no afã de garantir ao pretendente a tutela específica da obrigação almejada, ou o resultado prático que o equivalha, a prerrogativa de adotar a medida satisfativa que propicie a maior efetividade ao direito confirmado durante a fase cognitiva, conforme as necessidades do caso concreto, em atenção ao tão aclamado sincretismo processual.

Valendo-se novamente do processualista Didier Junior:

Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma cláusula geral executiva, na qual estabelece um rol meramente exemplificativo

de medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Claramente, ao lançar mão dessa cláusula executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões. Trata-se de noção já assente na doutrina a de que todo jurisdicionado tem o direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).

[...]

Com os olhos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado. (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 433-434).

Suplantando os limites meramente doutrinários, as cláusulas gerais processuais foram amplamente acolhidas pelos tribunais, sendo fartos os precedentes a demonstrar a utilização desse expediente em prol do exercício da jurisdição interpretativa, como forma de fomentar a efetividade da tutela jurisdicional. Restringindo-se aos Tribunais Superiores, vale colacionar alguns precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS - REVISÃO DE VALORES FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU - VALOR ORIGINÁRIO ÍNFINO - *QUANTUM* DEFINIDO PELO TRIBUNAL EM PERCENTAGEM SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO - INEXISTÊNCIA DE EXCESSO.

1. A alteração de valor dos honorários, operada pelo Tribunal *a quo*, deu-se em ordem a obviar seu caráter irrisório. A mudança de critério – 10% sobre o valor da execução – não implica valor excessivo, nem irrisório.

2. A cláusula geral da equidade, contemplada no art. 20, § 4º, CPC, conjuga-se com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconhecendo o esforço do advogado e prestigiando sua atuação no processo, sem, contudo, estatuir situações extremadas.

3. A conservação do aresto recorrido prestigia as emanções jurisdicionais de segundo grau, ao tempo em que se pauta pela razoabilidade da fixação dos honorários e não cai na subjetividade da análise.

4. Recurso especial improvido (STJ. REsp 565356/RS).

E ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461 *CAPUT* E § 5º DO CPC.

1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de ‘medidas necessárias’, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão ‘tais como’, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizam às peculiaridades de cada caso concreto.

3. Precedente da 2ª Turma: ‘É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.’ (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).

4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.

5. Agravo regimental improvido. (STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 723.281/RS).

Pode-se afirmar que a utilização das cláusulas gerais no direito processual reflete a adoção de uma sistemática que propicia ao julgador maior autonomia, fato que implica conferir às decisões judiciais um maior subjetivismo, pois, ao optar por determinada medida, ao certo, esta trará consigo toda uma gama de valores tidos pelo julgador como de maior relevância, tomando-se por base sua própria formação social. Dessa feita, referendando posicionamento já anteriormente ventilado, deve-se buscar o ponto de equilíbrio entre aludida sobrecarga axiológica e o positivismo formalista, por ser esse último pressuposto lógico e condição indispensável para a certeza e a segurança jurídica.

A ênfase aos dispositivos constitucionais mencionados não decorre da pretensão simplesmente de apontar o óbvio, nem tampouco pretende que o Poder Judiciário saia de sua postura constitucional de espera e passe a agir ilegitimamente de ofício, antes de ser provocado. O que se pretende é justamente demonstrar que o Poder Judiciário tem a legitimidade e o compromisso constitucional com a transformação positiva da realidade social, por ser Poder Fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Assim, sempre que o Poder Judiciário for provocado, deverá extrair suas interpretações dos fundamentos e dos objetivos do Estado Democrático brasileiro, os quais estão arrolados expressamente nos arts. 1º e 3º, respectivamente, da CF. (ALMEIDA, 2001, p. 8).

Encerrando, sobreleva dizer que as cláusulas gerais processuais servem, sobretudo, para garantir a humanização e efetividade do processo. Dito isto, e considerando serem tais características desejáveis em qualquer seara processual, mesmo as revestidas de maior rigorismo formal, como o processo penal, conclui-se que as cláusulas gerais são adotadas em qualquer ramo processual,

mesmo que em intensidade e formas distintas, principalmente ao considerarmos que o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente a todos os demais processos, e que a efetividade da tutela jurisdicional e a proteção aos direitos fundamentais são preceitos inerentes e indissociáveis de qualquer ato a ser praticado no decurso da relação formada intra-autos.

8. Conclusão

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma mudança na concepção norteadora da prestação jurisdicional, que, acompanhando as tendências esposadas nas esferas social e governamental, deixou de se preocupar simplesmente com a proteção formal da liberdade individual, sendo permeada pelo impulso socializante que caracteriza o Estado contemporâneo. A publicização do direito privado se deu por meio do intervencionismo estatal nas relações individuais, fazendo valer os preceitos mais afeitos a esse modo de governo.

Como reflexo de sobredita mudança de orientação, os diplomas legais passaram a esculpir normas que espelhassem exatamente os valores basilares que simbolizam essa nova concepção norteadora dos poderes públicos, visando, sobretudo, perenizá-los.

Nesse passo, as cláusulas gerais surgem com o precípua escopo de conferir efetividade jurídica na aplicação de tais normas emblemáticas à realidade concreta, de modo que, ao invés de figurarem como meros preceitos hermenêuticos, muitas vezes de caráter decorativo, passam a reger diretamente as situações de litígio.

Isso se deve ao fato de as cláusulas gerais constituírem preceitos com vaga determinação, isto é, de caráter generalizante, resultando assim em maior abrangência de significados, propiciando ao aplicador da lei sua utilização como instrumento apto a dar vazão aos direitos fundamentais.

Gize-se ainda que tais características conferem às cláusulas gerais o poder de se manterem em sintonia com a evolução social, eis que

os ditames nelas insculpidos, por terem natureza aberta, possuem o condão de se adaptarem a novas realidades, abarcando assim, por via interpretativa, situações empíricas não abrangidas no momento de sua edição.

Por fim, restringindo-se o foco de análise ao aspecto processual, viu-se que os preceitos indeterminados instrumentais dinamizam a relação intra-autos, de modo a propiciar ao Estado a capacidade de tutelar de forma específica e efetiva as pretensões matérias subjetivas que lhe são apresentadas.

Assim, espera-se proporcionar aos que porventura venham a ter contato com o texto, uma visão um pouco mais didática da matéria, sem, contudo, subestimar as intrincadas trilhas a serem percorridas na busca de uma compreensão satisfatória de tema tão complexo.

Para tanto, buscou-se na confecção do trabalho, a utilização de uma abordagem muitas vezes contida, focando-se apenas nos aspectos mais pertinentes ao tema das cláusulas gerais, deixando de lado assuntos que, embora polêmicos, são de menor relevância ao propósito inicialmente delineado.

9. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11951>>. Acesso em: 2 ago. 2010.

_____. O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 15, 2001. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art8.pdf>. Acesso em: 6 out. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira. in: MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ANDRADE, Sabrina Dourado França. *As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados*: desafios do Poder Judiciário em face do moderno processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1560.html>. Acesso em: 22 abr. 2009.

ARCE, Joaquín; VALDEZ-FLÓRES. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998. in: MATTIETO, Leonardo de Andrade. Princípios do direito obrigacional: função social e relatividade do contrato. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VI, n. 7, dez. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. *Jornal Folha de São Paulo*, 6 nov. 2008.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea*: uma nova teoria contratual? Disponível em: <www.prmg.mpf.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: execução. Bahia: Jus Podivm, 2009. v. 5.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais e seus reflexos processuais. Disponível em: <www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/ruy_clausulas.doc>. In: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 15, 1998, p. 141. Acesso em: 22 ago. 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil brasileiro: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale: a visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. In: ANDRADE, Sabrina Dourado França. *As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados: desafios do Poder Judiciário em face do moderno processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1560.html>. Acesso em: 22 abr. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos do direito privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 83. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual?* Disponível em: <www.prmg.mpf.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direitos humanos do devedor*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=387>. Acesso em: 17 jan. 2005.

MATTIETO, Leonardo de Andrade. O Direito Civil-Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil-Constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 28-29. In: MATTIETO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional

e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando. *O direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10. In: ALVES, Jones Figueiredo. *A Nova Teoria do Direito Contratual no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-jan-17/teoria_direito_contratual_brasil>. Acesso em: 17 jan. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22. In: MATTIETO, Leonardo. *O Direito Civil-Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Renovar, 2000.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

USTARRÓZ, Daniel. *As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil*. Disponível em: <www.mt.trf1.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2009.

Artigo enviado em: 16/08/2011

Artigo aprovado em: 07/05/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120010