

ALEXANDRE JOSÉ GOIS LIMA DE VICTOR

**AS CLÁUSULAS GERAIS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A
EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A
APLICABILIDADE DO § 5º DO ART. 461 DO CPC**

RECIFE

2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

PROCESSO E DOGMÁTICA

**AS CLÁUSULAS GERAIS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A
EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A
APLICABILIDADE DO § 5º DO ART. 461 DO CPC**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Processo e Dogmática, sob a orientação do professor Doutor Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

RECIFE

2012

DEDICATÓRIA

A Daniela, minha esposa, desde sempre minha amada, e às nossas filhotas, Mariá (Iáíá) e Beatriz (Bibi), os dois raios de sol que iluminam nossas vidas. Nossos encantos...

Aos meus amados pais, Newbon e Cristina, que sempre me ensinaram, por seus gestos e palavras, o valor do amor e da gratidão.

Aos meus queridos irmãos, Isabela e Luis Antônio, sempre orgulhosos de minhas conquistas.

Aos meus muito estimados, Leonardo Carneiro da Cunha e Marcelo Labanca, que, antes de brilhantes docentes e juristas, são amigos dos mais queridos, irmãos que nunca me faltaram, e que de há muito estão ao meu lado.

Aos meus queridos professores, e hoje amigos, Lucio Grassi, Sérgio Torres e Alexandre Pimentel, com os quais muito aprendi. Todos, sempre muito mais generosos do que meu merecimento permitia.

Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso, tenho em mim todos os sonhos
do mundo.

(Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho corresponde à dissertação do curso de Mestrado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, como exigência para a obtenção de meu grau de Mestre, tendo sido iniciado com o apoio e estímulo do meu orientador e Professor Leonardo Carneiro da Cunha. Antes de se tornar expoente no Brasil como professor e autor, *Léo* já era meu amigo. Amizade que vem dos tempos de infância no colégio, onde, no penúltimo ano, convenceu-me a prestar vestibular para o curso de Direito. Pela manhã assistíamos às aulas e, à tarde, estudávamos em sua casa no Edifício Ribela, em frente ao lindo mar de boa viagem, não sem os conselhos de *tio* Ricardo, seu pai, e o carinho de sua mãe, *tia* Berenice, que sempre nos brindava com lanches e sorrisos nos momentos de intervalo. Aprovados no vestibular e, bem depois, já formados, sempre e, infalivelmente, *Léo* procurou prestigiar-me e conduzir-me às boas oportunidades profissionais. Como se assim nunca quisesse desistir de mim. Foi meu fio condutor no estudo, na advocacia, na docência, na vida. Como lhe posso ser grato, meu irmão? Como posso corresponder a tamanha generosidade que, imerecidamente, você tem me devotado? A você, meu grande amigo, que sempre (e sempre) esteve comigo, o meu mais profundo e verdadeiro obrigado.

Aos meus amados pais Newbon e Cristina, modelos de dedicação e companheirismo no casamento, que tenho como exemplo.

Aos meus diletos colegas de mestrado, aos quais agradeço na pessoa de Ricardo José Ramos de Carvalho, amigo sempre garboso, paciente e disposto a me ajudar. Ao meu amigo Pedro Chimelli, pelo apoio que muito gentilmente me conferiu.

Por fim à minha Daniela e às nossas filhotas, Mariá (Iáíá) e Beatriz (Bibi). Os eixos de minha vida; meus amores. Absolutamente tudo o que faço é para tentar lhes merecer. Tudo. Tudo. Certa vez, ainda sem filhas, escrevi a Dani um poeminha de cabeceira que dizia assim:

Meu sentido; Meu motivo; Minha guia; Minha euforia.
Meu silêncio; Meu equilíbrio; Meu gracejo; Minha alegria.
Minha alameda; Minha vereda; Minha fantasia; Meu segredo.
Meu esteio; Meu lume; Minha antiapatia; Minha calma.
Meu desejo; Meu adereço; Meu arremedo; Par de minha alma,
Minha Mulher.

RESUMO

Os *textos* ou *enunciados* normativos servem como o suporte “físico” de onde o intérprete extrai a respectiva norma, que pode, a sua vez, ser um princípio (norma-princípio) ou uma regra (norma-regra). Estes mesmos *dispositivos*, comumente, são compostos por dois *eixos*, de modo que o primeiro diz respeito ao antecedente normativo (ou hipótese fática) e, o segundo, ao conseqüente jurídico. As cláusulas gerais (materiais e processuais) refletem um recuso linguístico do qual lança mão o legislador para a produção de uma espécie de *texto* normativo *aberto*. São, portanto, caracterizadas por conter, de regra, em seus antecedentes (ou hipóteses fáticas), termos ou locuções que se revistam sob a forma de conceitos jurídicos indeterminados, e, sempre, por não trazerem conseqüentes previamente estabelecidos ou fixados. Esta dissertação objetiva situar, analisar, identificar, conceituar e sistematizar as cláusulas gerais no âmbito direito processual civil brasileiro, com especial atenção à contida no parágrafo único do art. 461 do CPC, chamada de cláusula geral executiva ou poder geral de efetivação, de onde decorre a possibilidade de o magistrado, observadas certas balizas, eleger ou estabelecer um conseqüente jurídico (uma medida que reputar mais adequada) como forma de compelir o destinatário de uma ordem sua ao respectivo cumprimento, de modo a conferir àquela uma maior efetividade. Dá-se destaque, igualmente, ao ônus argumentativo ou formas de fundamentação das decisões judiciais lastreadas em cláusulas gerais processuais, inclusive quanto à importância dos *precedentes* e da técnica do *grupo de casos*, bem como aos meios de controle destas mesmas decisões. Do estudo desenvolvido é possível observar que as cláusulas gerais processuais figuram como importantes instrumentos que se prestam a proporcionar um maior *arejamento* ao sistema processual brasileiro, tendo em conta que se apresentam como espécies de *janelas* por meio das quais o aplicador habilita-se a incorporar, ao caso concreto, quando da *norma* a ser extraída do *texto*, elementos que já existam ou que ainda inexistam no interior do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: Texto e norma - cláusula geral processual - conceito jurídico indeterminado - § 5º do art. 461 do CPC.

ABSTRACT

The normative texts or statements work as the physical basis from which the legal interpreter builds the norm that can assume a form of principle or rule. These normative texts usually consist on a double-structured statement, containing the normative antecedent and the legal consequent. The *general clauses* (substantive and procedural) represent a linguistic mechanism used by the legislator to produce a sort of open normative text. Therefore, the *general clauses* are built with both normative antecedent and consequent containing terms and expressions known as *undefined legal concepts*, which cannot primarily and completely establish the factual hypothesis nor the consequences. This essay aims to place, analyze, identify, conceptualize and systematize the *general clauses* within Brazilian civil procedural law, with special attention to that extracted from the sole paragraph of article 461 of the Brazilian Code of Civil Procedural (CPC), commonly called *executive general clause* or *effectuation power*, from which arises the possibility of a magistrate, respecting certain beacons, elect or establish a legal consequent (considered a more efficient and appropriate measure) as a way to compel the recipient of his order to its fulfillment, in order to give it a greater effectiveness. The study also highlights the argumentative onus and the forms of reasoning used in court decisions based on the appliance of *procedural general clauses*. At this point, it also highlights the importance of the precedents and the technic of its analysis, called *case groups*, not forgetting to discuss the means of control of such decisions. From the developed study it is possible to observe that the *procedural general clauses* are important devices, made to provide and improve the cooling of the Brazilian procedural system, accounting that they represent windows through which the legal applicator is able to incorporate to a given case a variety of elements that can be already predicted by the legal system, or not.

KEYWORDS: Text and norm – procedural general clause – undefined legal concept – paragraph nº 5 of article nº 461 of CPC.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. TEXTO E NORMA.....	10
2.1. Introdução.....	10
2.2. Enunciado normativo e norma.....	11
2.3. Princípios e regras.....	15
2.4. Cláusulas gerais como texto normativo.....	27
3. CLÁUSULAS GERAIS.....	30
3.1. Introdução.....	30
3.2. Cláusulas gerais processuais e conceitos jurídicos indeterminados.....	43
3.3. Cláusulas gerais materiais.....	53
3.4. Cláusulas gerais processuais.....	64
3.5. A cooperação intersubjetiva como cláusula geral processual.....	75
3.6. O processo cooperativo como o modelo mais adequado para a concretização das cláusulas gerais.....	88
4. A CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL EXECUTIVA DO ART. 461, § 5º DO CPC.....	89
4.1. Introdução.....	89
4.2. Ferramentas eleitas e “não eleitas” pelo legislador.....	102
5. O PRECEDENTE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL.....	120
6. O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES FUNDAMENTADAS OU PAUTADAS EM CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS.....	133
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	146
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade analisar as cláusulas gerais no sistema processual brasileiro, especialmente a contida no parágrafo único do art. 461 do CPC, e os seus reflexos no que se refere à efetividade das decisões judiciais.

Tendo o seu desenvolvimento sido originado do direito privado, às cláusulas gerais têm se conferido cada vez maior aplicabilidade no âmbito do direito processual.

O trabalho está desenvolvido em cinco capítulos. No primeiro, é examinado o binômio *texto e norma*, onde já se afirma não se tratarem de expressões sinônimas, na medida em que o *texto* figura como o suporte “físico”, dotado de sentido mínimo, de onde são extraídos, pelo intérprete, os seus significados, ou seja, de onde a norma é *(re)construída*. Em seguida, ainda no primeiro capítulo, faz-se breve análise dos *princípios e regras*, como categorias normativas, seus sinais distintivos e seus conceitos, bem como, apresenta-se a cláusula geral como sendo uma espécie de *texto* normativo.

O segundo capítulo é destinado ao exame das origens históricas das cláusulas gerais, como espécies de textos ou enunciados normativos abertos, bem como aos pontos de intercessão e distinção que têm relativamente aos conceitos jurídicos indeterminados e enunciados normativos casuísticos (ou fechados). Daí se seguindo apontamentos no tocante às cláusulas gerais materiais e cláusulas gerais processuais.

Esse segundo capítulo contém, ainda, abordagem sobremodo relevante no que se refere à *cooperação intersubjetiva* como um exemplo de cláusula geral processual e, *ainda*, como o modelo de processo ideal para que sejam estas espécies de enunciados normativos manejadas no âmbito de uma contenda, tendo em conta, inclusive, que, sendo o processo desenvolvido dialeticamente, restarão minimizadas as usuais inseguranças comumente derivadas do uso das cláusulas gerais.

No terceiro capítulo, examina-se a cláusula geral executiva (ou poder geral de efetivação) contida no parágrafo 5º do art. 461 do CPC à luz das *ferramentas eleitas e não eleitas* pelo legislador, de modo a estabelecer o seu *relacionamento* com a efetivação da tutela específica que se pretende obter como decorrência da proclamação da respectiva decisão judicial.

As medidas reputadas como necessárias à obtenção da tutela específicas, a serem *edificadas* pelo juiz, são analisadas sob a lente do postulado da proporcionalidade, por meio da aplicação da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Adiante, no quarto capítulo, serão esmiuçadas as técnicas de aplicação e superação do *precedente* e do *método do grupo de casos* no âmbito das cláusulas gerais, inclusive, sob a lente do modelo cooperativo de processo.

No quinto capítulo será analisado como se deve proceder com o controle judicial das decisões que tenham sido fundadas em cláusulas gerais processuais. Será possível observar que assim como o ônus argumentativo será maior já na edição do ato (decisão originária) que tenha se lastreado numa daquelas espécies normativas, igualmente, será complexo o exame do recurso que tenha sido manejado em face daquele mesmo pronunciamento.

2. TEXTO E NORMA

2.1. INTRODUÇÃO

Atualmente parece ser comum encontrar, com alguma facilidade, em trabalhos doutrinários e em julgados proferidos por toda a sorte de tribunais brasileiros, uma diversidade de referências feitas às *normas*, bem como aos *princípios* e às *regras* jurídicas.

Não raro são apresentados ou descritos, todos, ou alguns destes elementos, como expressões sinônimas.

É frequente, por outro lado, que se lhe promovam o uso inadequado, ou, noutros casos impreciso, o que acaba por conspirar em desfavor da melhor aplicação do direito.

Para que se superem as dificuldades relativas à *identificação* e *aplicação* daqueles referidos elementos, é preciso que se perceba que os *princípios*, ao lado das *regras*, figuram como espécies do gênero *norma jurídica*.

Deste modo, é importante percorrer uma vereda que se inicia na distinção entre *texto* e *norma*, passando pela diferenciação das *regras* e *princípios*, como categorias normativas, para chegar à análise da relação existente entre estas espécies.

Antes que se possa passar ao enfrentamento das questões logo acima referidas, cumpre deixar evidente, ainda, alguns pilares sobre os quais serão edificadas as ideias a serem aqui abordadas.

Neste particular, tem-se por finalidade, neste momento do presente trabalho, estabelecer uma distinção, estruturada, entre aquelas espécies normativas, sob fundamentos diversos dos comumente empregados por boa parte da doutrina.

Ao identificar os princípios como espécies de normas jurídicas, buscar-se-á demonstrar que estes não são unicamente compostos ou, tão somente, explicitam *valores*, muito menos que se destinam, apenas, à sua exaltação, por assim dizer, mas determinam indiretamente comportamentos que devem ser seguidos ou adotados.

Assim é que inserindo os princípios *ao lado* das regras, e, distanciando-se das distinções mais comumente feitas entre estas espécies normativas, buscar-se-á evidenciar a necessidade de adoção de um processo de ponderação estruturado a ser utilizado na aplicação de *ambas* as espécies, exatamente porque não são apenas os princípios que podem ser objeto de ponderação, mas também as regras.

Estas considerações se mostrarão sobremodo relevantes na medida em que fica adequadamente estabelecido o referencial teórico da *figura* da cláusula geral processual, da qual mais importa, para este trabalho, a contida no parágrafo 5º do art. 461 do atual Código de Processo Civil brasileiro.

2.2. ENUNCIADO NORMATIVO E NORMA

É preciso que se faça uma distinção analítica entre *texto* e *norma* jurídica.

Pode-se dizer que o *texto* (ou enunciado¹ normativo), como conjunto de caracteres ou termos dispostos de forma organizada, tem por função a transmissão de

¹ A palavra *enunciado* está ligada, igualmente, à ideia de um conjunto de termos que são ou foram expostos.

um *sentido mínimo*, mas que não se confunde, ele mesmo, isoladamente considerado, com o seu *significado*.

Segundo Riccardo Guastini, “enunciado” pode ser considerado como qualquer expressão linguística sob forma acabada. Considera-se que o enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece frequentemente, por uma pluralidade de enunciados².

O *significado do texto* é conferido por seu intérprete³.

Quer-se dizer: o *significado* não é algo previamente incorporado ao conteúdo das palavras ou termos, de modo que a sua apreensão não é imediata, na medida em que reclama, justamente, um exercício de interpretação.

O resultado do exercício de interpretação do *texto*, de onde decorre a edificação de seu(s) significado(s), corresponde à *norma*.

Nas precisas palavras de Gabriel Ivo:

Já dissemos. Norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas jurídicas, e sim, meros enunciados linguísticos esparramados pelo papel. Enunciados postados em silêncio. Em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido. E enunciados conforme observação de Lenio Luiz Streck, plurívocos, pois não há uma correspondência biunívoca entre a disposição normativa (texto) e a norma jurídica (significação).⁴

De maneira que se deve partir do *texto*, que, a sua vez, como se viu, é dotado de conteúdo semântico mínimo (sentido mínimo), para a construção de seu(s) significado(s)⁵, para a construção da *norma*.

² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.

³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 31; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 27-28.

⁴ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 48-49.

⁵ A propósito, anotou Paulo de Barros Carvalho que “*uma coisa são os enunciados prescritivos, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a fórmula lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas*”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 129)

Em resumo: o *texto* é, *de regra*, o suporte “físico” de onde se extrai a *norma*.

Desta forma é que parece ser possível concluir, assim, que *norma* e *texto* não podem ser tomadas por expressões sinônimas. *Normas* não são *textos*, nem o conjunto deles, mas o(s) *significado(s)* construído(s) a partir da interpretação dos *textos* normativos.

O texto normativo, ou dispositivo legal, ou enunciado legal, é apenas, e assim, o ponto de partida para a construção do(s) *significado(s)* normativo(s).

É costume se dizer, no particular, que um determinado dispositivo *conteria* uma norma jurídica, ou que esta estaria *inserida* naquele texto. Essa não é uma assertiva procedente.

Em verdade, os *dispositivos*, *enunciados* ou *textos* figuram como o *objeto da interpretação*, ao passo que as *normas*, como já se pôde perceber, apresentam-se como o *resultado do processo interpretativo*.

Esta afirmação poderia parecer sugerir que cada *dispositivo*, uma vez interpretado, sempre daria acesso a uma *norma* jurídica. Contudo, é preciso que se diga que não existe uma correspondência perfeita entre um *dispositivo*, *texto* ou *enunciado* e a *norma* que daquele se extrai ou construiu.

É possível haver *norma* sem *dispositivo* que lhe sirva de suporte “físico”, e, noutros casos, *dispositivo* “físicamente” existente sem que dele se possa edificar qualquer *norma*.

Tome-se por empréstimo, assim, o *dispositivo* constitucional que invoca a proteção de Deus, de onde não parece ser possível a extração de uma norma. Noutro giro, tenha-se em mente o princípio (a norma-princípio) da segurança *jurídica* que, a sua vez, não parece contar com o suporte “físico” de um dispositivo específico⁶.

Do mesmo modo, é possível que um único *dispositivo* sirva de ponto de partida para a construção de mais de uma *norma*, como é o caso de um *enunciado*

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 31.

normativo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual se pode chegar ao princípio (ou norma-princípio) da legalidade e ao princípio (ou norma-princípio) da tipicidade. Todas estas *normas* são o resultado da interpretação de um único *texto* normativo⁷.

Por outro lado, há casos em que uma única *norma* é construída através da interpretação conjunta de mais de um *dispositivo*. É o que ocorre, por exemplo, quando se interpretam conjuntamente os dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade, estabelecendo-se, a partir destes, uma relação que possibilita a construção do princípio da segurança jurídica⁸.

Neste caso, o princípio não se origina da interpretação de um dispositivo em específico, muito menos se encontra expresso textualmente, mas tem seus contornos de significado garantidos pela interpretação conjunta de mais de um texto normativo.

Esta relação entre *norma* e *texto* tem, igualmente, por objetivo demonstrar que a função do intérprete não é meramente *descritiva* ao promover do *texto* a extração da correlata *norma*.

Não consiste, portanto, em prestar-se tão somente a reproduzir um sentido intrínseco do *texto* normativo, mas assume um papel *construtivo*, na medida em que o(s) *significado(s)* é (são) *construído(s)* por aquele mesmo intérprete através de um processo complexo que já não pode mais ser resumido pela simples subsunção.

O intérprete larga, assim, de um *sentido mínimo* do texto normativo, a partir do qual acaba por *reconstruir*, diga-se melhor assim, a sua *significação*, que corresponde, desta maneira, à *norma*.

Caso não desse a largada a partir deste citado *sentido mínimo*, incorreria na grave consequência de *construir* normas completa e absolutamente desvinculadas do uso comum das palavras. Não parece ser possível, assim, afirmar que o *significado* do *texto* (a norma) se constrói *apenas* a partir de sua interpretação, de modo que é preciso partir, repita-se, daquele conteúdo semântico mínimo.

⁷ Idem. *Ibidem*.

⁸ Idem. *Ibidem*.

Parece importante, deste modo, deixar assente que o interprete não apenas *constrói* a norma, mas, mais do que isso, ele o faz através de uma atividade de *reconstrução*, na medida em que, partindo daquele referido sentido mínimo, deve interpretar os correspondentes *dispositivos* de modo a *encontrar* o(s) seu(s) significado(s), também, em conformidade com os fins e valores eleitos pelo próprio ordenamento jurídico, mormente os derivados de *dispositivos* constitucionais.

Resta, porém saber quais são os pontos distintivos das normas jurídicas, separando-as em regras e princípios, salientando suas distintas funções dentro e fora do ordenamento jurídico, bem como a influência do intérprete na formação destas normas e das relações existentes entre as próprias normas.

2.3. PRINCÍPIOS E REGRAS

Já se viu que o *texto* pode ser compreendido como o suporte “físico” de onde se extrai (reconstrói) a *norma*, que a seu turno pode ser um princípio (ou norma-princípio) ou pode ser uma regra (ou regra-princípio).

Parece ser preciso, assim, que se diga o que viria a ser um princípio e o que se entende por uma regra, bem como quais seriam os seus sinais distintivos.

Convém que se inicie pelos critérios de distinção, para, adiante, descrever os conceitos, a que este trabalho se filia, de princípio e regra.

Toda diferenciação deve ter um propósito, de modo que parece, realmente, somente fazer sentido *distinguir* e *classificar* em espécies elementos que, embora guardando relação com o gênero comum, sejam portadores de características adicionais, estas sim distintivas e geradoras de consequências diversas.

Quer-se dizer: a distinção das espécies normativas deve ser pautada na explicitação de suas características adicionais, bem como somente terá razão de ser quando estas particularidades puderem dotar as respectivas espécies de potencialidades diversas.

Nesse sentido, é importante se distinguir *regras* e *princípios* jurídicos, ambos, como já se viu, espécies do gênero *norma*. Isto porque se por um lado possuem

um núcleo comum, por outro, a cada uma das espécies podem ser adicionadas características particulares, que igualmente geram potencialidades de aplicação diversas.

O presente trabalho perfilha-se a critérios⁹ distintivos diferentes (ou aperfeiçoados) dos comumente utilizados por boa parte da doutrina, o que torna necessária, deste modo, a visitação, ainda que breve, a estas mesmas proposições já sedimentadas, inclusive, porque não é adequado e possível desprezar sua importância.

Nesse particular parece ser preciso que se lhe confira uma espécie de aperfeiçoamento, diga-se desta maneira.

Inicialmente, diferenciaram-se as regras dos princípios através de uma espécie de modelo de formulação do *dispositivo* ou *enunciado*.

Deste modo é que à luz de um critério de caráter *hipotético-condicional*, segundo o qual as *regras* possuiriam uma estrutura formada por uma *hipótese* e uma *consequência*, uma vez preenchida a premissa, haveria de se impor a correspondente consequência.

Os princípios, por outro lado, careceriam desta estrutura, indicando apenas o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.

Os princípios seriam, assim, exaltados como os fundamentos básicos do ordenamento jurídico. Seriam o reflexo de enunciados que, por não serem dotados do caráter formal de *proposição* jurídica, isto é, carentes de uma estrutura que relacionasse a *hipótese* a uma *consequência* jurídica, serviriam apenas de diretriz axiológica para a interpretação e aplicação das regras jurídicas.

Os princípios seriam, portanto, de grande relevância para o ordenamento, eis que estabeleceriam fundamentos para a interpretação e aplicação das regras, mas com elas não se confundiriam, na medida em que careceriam do aspecto cogente atribuído à estrutura silogística incorporada à forma de aplicação lógica das regras jurídicas. Além disto, os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 64-78.

Sem embargo da relevância deste critério distintivo, sobretudo porque evidencia a característica *descritiva* das regras, não parece ser a partir do modo como o legislador formula o *enunciado* ou *dispositivo* (*hipótese e consequência*) que se conseguirá qualificar uma norma como princípio ou regra, e sim, a partir do resultado a que chega o intérprete daquele mesmo enunciado.

Outro critério distintivo por meio do qual se buscou diferenciar os princípios das regras diz respeito à *forma ou modo de aplicação* de cada uma destas duas espécies normativas.

Enquanto as regras seriam aplicadas de modo absoluto, portanto, através de um método de *tudo ou nada*, isto é, ou se aplica, ou se exclui a aplicação de uma regra, os princípios não determinariam definitivamente uma decisão, mas somente contribuiriam com fundamentos que, por sua vez, haveriam de ser conjugados com outros fundamentos, provenientes de outros princípios para apenas construir um arcabouço sobre o qual a decisão seria tomada.

Desta maneira é que surge a definição de princípios como normas que estabelecem deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Assim é que os princípios careceriam de determinação precisa e avaliável de imediato, adquirindo, porém, seus contornos apenas quando aplicados e sopesados com outras regras e princípios, de modo que um princípio somente seria aplicado se outro não obtivesse maior sucesso, por assim dizer, na consecução do fim, sempre guardadas as possibilidades fáticas e normativas.

A aplicação dos princípios, segundo esta ótica, dependeria da contraposição de outros princípios e regras, além do que estaria adstrito às condições fáticas, já que o seu conteúdo, como norma de conduta, só poderia ser determinado quando se estivesse diante dos fatos, tendo em vista o dever de otimização que, por constituir critério comparativo, somente seria mensurável a partir de uma situação concreta.

As regras, por outro lado, seriam aplicáveis sempre que preenchidas as condições de incidência, sem que fosse necessário avaliar sua relação com a consecução de um fim.

A par dos que anteriormente foram descritos, apresenta-se mais um critério, desta feita relativo ao *relacionamento normativo*, de modo que a antinomia existente entre regras refletiria um conflito que só poderia ser resolvido mediante a declaração de invalidade de uma delas.

Por outro lado o conflito entre princípios deveria ser solvido pela ponderação que conferisse peso diverso aos colidentes, sem que isso importasse na invalidação de qualquer um deles.

Por fim, derradeiro critério distintivo é lastreado no *fundamento axiológico*, de modo que os princípios são reputados, diferentemente das regras, como fundamentos *axiológicos* que funcionam em favor da decisão a ser proferida.

Como já foi dito, embora os critérios até então descritos sejam relevantes para o propósito de se tentar promover a distinção entre princípios e regras, é preciso que se lhes confira um aperfeiçoamento. Neste toar, cumpre que sejam analisados sob uma lente mais crítica.

Primeiramente, há que se atentar para o fato de que o sentido do enunciado pode ser (re)construído para assumir a imposição normativa que “queira” o intérprete, desde que se guarde coerência com o sentido usual (mínimo) das palavras constitutivas do dispositivo legal.

Retoma-se com isso ao que havia sido dito quanto à dissociação entre texto e norma. Realmente, tal como já se advertiu anteriormente, o fato de o suporte textual ter sido estabelecido de tal modo que sugira uma encadeação de *hipótese* e *consequência* não impede que a norma originada através de sua interpretação assuma, por exemplo, a *forma* de um princípio.

É uma questão de formulação linguística e, portanto, não pode ser critério de distinção normativa. Além disto, este critério parte do pressuposto de que a norma é resultado direto da formulação textual que lhe serve de suporte, o que, presentemente, já foi devidamente afastado em passagens antecedentes.

Além disto, não parece ser adequado afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem consequências normativas, nem hipóteses de incidência, pois

estes preveem um estado de coisas a ser perseguido e, com isto, tornam obrigatória a adoção de comportamentos que contribuam para a sua realização ou preservação.

Ainda que não sejam definidos diretamente quais são estes comportamentos, tem-se por consequências normativas dos princípios a necessidade de atribuição de relevância aos fins a serem buscados e à adoção de condutas voltadas à sua realização.

O ponto relevante, portanto, não é a ausência total de prescrição de comportamentos e consequências, mas a forma de tal prescrição, o que é algo diverso.

Em seguida, há que se atentar para o fato de que o *modo final de aplicação* “*não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete que pode não seguir o modo de aplicação inicialmente tido por elementar*”¹⁰.

Em verdade, muito embora a formulação textual de um dispositivo possa *sugerir* a aplicação “descritiva” de uma *regra* de forma absoluta, isto é, ou se aplica, ou se exclui, é possível que, diante de circunstâncias particulares não previstas no *texto* e através de um processo complexo de ponderação de razões e contrarrazões, a regra venha a ser afastada.

O que importa salientar é que, nestes casos, o ônus argumentativo necessário à adoção de um modo de aplicação diversa daquela que parecia estar estabelecida *prima facie* será muito maior.

Nesse sentido, há que se ressaltar que *o modo final de aplicação da norma* somente será aferível diante do caso concreto.

É após a interpretação que se desvelará a forma de aplicação e a qualificação da espécie normativa, o que faz do critério sob análise um método não tão preciso para estabelecer a distinção entre as suas espécies, na medida em que a interpretação e aplicação podem constituir um processo complexo tanto para as regras, quanto para os princípios.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 44-45.

A diferença, neste ponto, reside no grau de abstração anterior à interpretação. No caso dos princípios, o grau de abstração é maior, porque se vinculam abstratamente a uma situação específica.

No caso das regras, as consequências são de pronto mais nítidas, ainda que devam ser (re)construídas no ato de interpretação para em seguida poderem ser aplicadas.

De fato, “*o importante é que tanto princípios como regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais*”¹¹, ainda que em graus diversos e sob fundamentos argumentativos diferentes.

Enquanto os princípios poderiam ser enquadrados como normas que geram, para a argumentação, razões substanciais ou finalísticas, as regras poderiam ser consideradas normas que geram razões de correção ou autoritativas¹².

Quer-se dizer: os princípios constituem um estado de coisas que merece ser realizado ou preservado através da adoção de condutas não previstas precisamente, enquanto as regras merecem ser obedecidas imediatamente tendo em conta a previsão do comportamento específico.

Enfim, no caso da aplicação de regras o intérprete também pode considerar elementos específicos ao caso concreto, embora para isso deva arcar com ônus argumentativo maior, capaz, assim, de superar as razões para o cumprimento imediato da regra. A ponderação, para tanto, é necessária.

Isso significa que não é o tipo de *obrigação* instituída pela estrutura condicional do texto que irá identificar uma regra ou um princípio, mas é o modo como o intérprete justifica a aplicação dos sentidos preliminares (mínimos) do dispositivo, se primeiramente finalístico ou comportamental, que permite enquadrá-lo numa ou noutra espécie normativa.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 48.

¹² Idem. *Ibidem*. p. 49.

Veja-se, inclusive, que os próprios princípios, depois de finalizado o exercício de aplicação, poderão ser considerados absolutamente aplicados, ou não, visto que a adoção de conduta que se afaste do estado de coisas previsto como desejável estará a excluir por completo a aplicação do princípio.

No que concerne à aplicação, o ponto distintivo, portanto, reside na forma como as razões que impõem a adoção de uma conduta específica poderão ser validamente ultrapassadas, e não no suposto caráter absoluto das *obrigações* estabelecidas pelas regras.

O critério do *relacionamento normativo* estabelece uma distinção baseada na forma como se comportam as regras e os princípios quando estão em conflito.

Neste cenário o conflito entre *regras* seria solucionado pela *exclusão* de uma (declaração de sua invalidade) em favor da *adoção* da outra, enquanto o conflito entre *princípios* seria superado pela atribuição de peso maior a um do que ao outro (onde não se declara qualquer invalidade), o que se constitui num exercício de ponderação.

A crítica à adoção deste critério reside no fato de que há casos, de fato, em que o conflito de *regras* é solucionado pela atribuição de peso maior a uma delas em razão da finalidade que se visa preservar, o que, em última análise também reflete um exercício de ponderação entre as finalidades que estão em jogo.

Tome-se por empréstimo o exemplo¹³ sugerido por Humberto Ávila, no caso em que uma determinada *regra* (extraída de um enunciado) que integre o Código de Ética Médica imponha ao médico que relate e informe ao seu paciente a verdade integral sobre sua doença, e, por outro lado, uma outra *regra* que lhe determine que faça o uso de todos os expedientes possíveis para buscar a cura daquele mesmo paciente.

A partir desta proposição indaga-se como deve se posicionar o médico (qual a conduta a ser adotada) na hipótese em que a revelação da verdade sobre a doença irá conspirar em desfavor do paciente, na medida em que o aspecto psicológico negativo da notícia, decerto, deverá mitigar sobremodo as suas chances de cura.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 53.

Pode-se verificar que o conflito de regras, neste caso, não irá se operar no plano abstrato e sim no concreto, tal como sói acontecer com os princípios.

Deve-se, portanto, considerar as razões do estabelecimento de determinada hipótese como suficiente para o desencadeamento da consequência, de tal modo que seja possível aferir diante do caso concreto se o preenchimento da premissa e a imposição da consequência estarão a *realizar a finalidade da norma sob (re)construção*.

Com isto, pode-se afirmar que na relação entre regras que se contrapõem e entre princípios que se imbricam não existe diferença quanto à existência de ponderação de razões, o que há, na verdade, é uma diferença de *intensidade* ou *grau* da contribuição do intérprete para a determinação concreta desta relação.

Enquanto com as regras o espaço de ponderação é reduzido e condicionado ao sentido preliminar (mínimo) do dispositivo, em razão da existência de seus elementos descritivos (que devem ser levados em consideração pelo intérprete), com os princípios o espaço de apreciação se alarga, uma vez que a delimitação do comportamento será determinada pela realização ou preservação de um estado de coisas.

Tanto no caso de aplicação de regras, como no caso de aplicação de princípios, poderá ser realizada a ponderação de razões, o que distinguirá uma norma da outra é o grau e a forma da realização desta ponderação.

Ademais, como se pode notar, o conflito entre regras e entre princípios ocorre no processo de aplicação, distanciando-se, portanto, de um momento anterior no qual possam ser as normas abstratamente consideradas.

Deste modo, pode-se concluir que o critério do *conflito normativo* não permite ao intérprete identificar, perfeitamente, uma norma como sendo uma regra ou um princípio, dependendo, antes e a bem da verdade, do surgimento de um conflito no caso concreto.

Expostos os critérios já conhecidos quanto aos propósitos de dissociação entre regras e princípios, cumpre *descrever* uma outra proposta¹⁴ de critério de distinção

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 71-78.

que, a sua vez, possa oferecer ao intérprete, antecipadamente, as características das espécies normativas de modo a auxiliá-lo no processo de *(re)construção* da norma e aplicação do direito, de forma, inclusive, a *facilitar* ou *diminuir a sobrecarga* de seu ônus argumentativo.

Importa salientar que esta proposta de critério distintivo se funda em *alternativas inclusivas*, de tal modo que a partir de *um* ou *vários* dispositivos possam surgir dimensões *imediatamente comportamentais/prescritivas* (regras) e *finalísticas* (princípios).

Assim é que se propõe a dissociação entre as *regras* e *princípios* por meio dos seguintes critérios: a) quanto ao *dever que instituem/natureza do comportamento prescrito*; b) quanto à *justificação que exigem* e; c) quanto à *medida de contribuição para a decisão*.

Passa-se, então, ao elenco de critérios propostos cuja pretensão é a diferenciação (inclusiva) das regras e dos princípios.

Primeiramente, pode-se distinguir as regras dos princípios de acordo com a *natureza do comportamento prescrito*. As regras estabelecem obrigações, permissões e proibições, por meio de *descrição* precisa da conduta que deve ser observada. Já os princípios estabelecem um *estado ideal de coisas* que deverá ser realizado ou, a depender do caso, preservado, mediante a observância de determinados comportamentos ou condutas que não são de imediato definidas.

Daí se dizer que as regras são normas imediatamente *descritivas* e os princípios são normas imediatamente *finalísticas*.

De fato, os princípios estabelecem primariamente *fins* a serem atingidos, exatamente porque impõem a promoção de um estado de coisas que, por sua vez, exige a adoção de condutas que não são imediatamente delimitadas.

Já as regras são espécies de normas para as quais também se pretende um fim. Mas a consecução deste fim é *mediata*, na medida em que prescrevem com maior exatidão, e *imediatamente*, determinadas condutas.

As regras trazem consigo elemento frontal *descritivo*, ao passo que os princípios, por sua vez, compõem-se de elemento frontal *finalístico*.

Ambas (princípios e regras), contudo, podem ser analisadas tanto do ponto de vista *comportamental*, quanto sob uma perspectiva *finalística*. Neste sentido, as regras estabelecem (descritivamente) *comportamentos necessários* à realização de um *fim*, enquanto os princípios estabelecem o *dever de realizar ou preservar um determinado estado de coisas através da adoção de comportamentos a ele necessários*¹⁵.

O importante é notar que as regras partem dos comportamentos para atingir os fins, enquanto que os princípios partem dos fins para a determinação dos comportamentos.

A distinção, assim formulada, permite ao intérprete e ao aplicador visualizar que ambas as espécies fazem referências aos *fins* e às *condutas*, porém de forma diversa, centrada na variação de proximidade da relação entre o fim a ser atingido e a conduta que permite alcançá-lo.

Visto este primeiro critério, pode-se afirmar ainda que as regras e os princípios se dissociam a partir da forma de *justificação exigida* (do intérprete) para sua aplicação.

As regras, no contexto deste critério, importam no dever de o intérprete (ou aplicador) justificar ou argumentar a relação de *correspondência* entre a construção conceitual dos *fatos* e a descrição da *norma* e a finalidade que lhe serve de suporte.

No tocante à interpretação e aplicação dos princípios é demandada justificativa ou argumentação condizente numa avaliação de *correlação* entre o *estado de coisas* estabelecido como desejável e os efeitos decorrentes das *condutas* tidas como *necessárias* à sua realização.

É possível ver que não se está a tratar do *modo final de aplicação*, mas da forma de justificação ou argumentação necessária à aplicação da regra ou do princípio.

¹⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 72.

Se, para a aplicação de uma determinada norma for necessário um exercício de correspondência entre hipótese abstratamente considerada e construção factual, com observância de uma finalidade que lhe dá suporte, estar-se-á diante de uma regra.

Por outro lado, se for necessário empreender uma justificação fundada na correlação dos efeitos da adoção de uma determinada conduta com a preservação ou realização de um estado de coisas, estar-se-á diante de um princípio.

As categorias normativas podem ainda ser diferenciadas quanto ao *modo como contribuem para a decisão*, isto é, quanto ao grau de relevância que possuem sobre a tomada de decisão ou, mais precisamente, quanto ao grau de influência que exercem na determinação das condutas a serem adotadas.

Os princípios figuram como normas primariamente *complementares* e preliminarmente *parciais*¹⁶, pois ao compreenderem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de uma decisão, não determinam com precisão as condutas a serem adotadas.

Os princípios não se prestam a estabelecer uma solução específica para o caso concreto, mas sim em dar sua contribuição, integrativamente a outras razões, para a tomada de decisão.

As regras, por sua vez, consistem em normas preliminarmente *decisivas* e *abarcantes*¹⁷, na medida em que pretendem agregar todos os fatores relevantes à tomada de uma decisão, tendo como propósito edificar uma solução específica para o caso concreto.

Os princípios, quando assim analisados, demonstram uma maior interdependência, já que, sendo primariamente *complementares*, abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para o delineamento de uma decisão, necessitando da complementação através de outras razões.

As regras, contudo, são apenas preliminarmente decisivas, de tal modo que podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e, ainda assim, não serem

¹⁶ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 76.

¹⁷ Idem. *Ibidem*, p. 77.

aplicadas pela consideração de razões excepcionais que superem a razão de aplicação da própria regra. Dentro do exercício de correspondência não basta que sejam consideradas a construção factual e a descrição normativa, é preciso atentar à *finalidade* que dá suporte a este encadeamento, desembocando na descrição do comportamento.

A partir destes critérios distintivos, é possível formular uma proposta conceitual das regras e dos princípios. Assim sendo, tal como anota, sucessivamente, Humberto Ávila (com grifos acrescentados ao original):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a se promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁸.

Realmente, os princípios, ao contrário das regras, se caracterizam por serem normas imediatamente finalísticas.

Quer-se dizer que em sua estrutura predomina o estabelecimento de um fim a ser atingido. Este fim tem uma função diretiva para a determinação da adoção de condutas, não sendo necessário que represente uma situação consolidada como ponto final, mas apenas que determine um conteúdo desejado.

É importante ressaltar que, se o estado de coisas deve ser buscado pelo intérprete, e somente pode ser atingido através da adoção de condutas preliminarmente *indeterminadas*, estas passam a constituir obrigações, de modo que os princípios não apenas elegem ou exaltam valores, mas determinam, ainda que *indiretamente*, a adoção de condutas.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a cristalização de valores através da positivação dos princípios torna forçosa a sua realização com a conseqüentemente a adoção das condutas necessárias.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 78-79.

Os princípios, portanto, embora diretamente relacionados aos valores, não tem relação uma de *identidade*, pois se situam em plano diverso. Enquanto os valores apenas qualificam determinado elemento, os princípios buscam garantir gradualmente a realização dos valores.

Por mais que os princípios não sejam previamente *determinados*, ou melhor, que não determinem precisamente o conteúdo das decisões, nem condutas a serem adotadas, permite, sem engano, apreender qual a espécie de condutas e decisões que devem ser realizadas: aquelas que forem necessárias à promoção do fim eleito.

Através da análise dos princípios, parte-se do dever de promoção de um fim para se determinar que as condutas devidas. Já no caso das regras se estabelece primariamente uma conduta, portanto a ser imediatamente adotada, e pressupõe-se que a sua adoção promova uma finalidade que não é conteúdo do texto, mas apenas ganha contornos quando da aferição da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e da descrição normativa.

A finalidade, ou o fim, estão presentes em ambas as categorias normativas, porém de formas diversas. O valor é sobrejacente a ambas as espécies de normas, porém é incorporado de maneira diferente em cada uma delas.

Enfim, é possível verificar que as regras se diferenciam dos princípios pelos critérios da *natureza da descrição normativa*, da *natureza da justificação* que exigem para serem aplicadas e da *natureza da contribuição para a tomada da decisão*.

Descritos, portanto, os elementos de distinção, além dos conceitos de princípios e regra, impende que sejam feitos alguns breves apontamentos sobre a em que estes se relacionam com as cláusulas gerais.

2.4. CLÁUSULAS GERAIS COMO TEXTO NORMATIVO

A cláusula geral é uma espécie de texto normativo.

Reflete uma *maneira* ou um *modo* de se formular ou confeccionar um *texto* ou *enunciado normativo*, na medida em que o legislador lança mão de um *recurso linguístico* (uma técnica legislativa) quando de sua produção.

Já se disse, e já se anotou, que *texto* e *norma* não podem ser tomados por expressões sinônimas.

O *texto* pode ser compreendido como o ambiente ou suporte “físico” de onde se extrai, por meio do exercício da interpretação, uma *norma* que, a sua vez, pode ser uma *princípio* ou uma *regra*.

De modo que não raro esse mesmo texto legal *pode* ser integrado por um *antecedente* (ou *hipótese*) *fático* e um *consequente* (ou *efeito jurídico*).

Essa pode ser a sua *estrutura*.

Com efeito, parece ser possível afirmar que o termo *estrutura* remete à ideia da *constituição* de algo ou de alguma coisa. Algo ou alguma coisa que é, portanto, *constituída*, *estruturada* por determinados *elementos*.

A estrutura do texto legal ou enunciado normativo, portanto, está ligada à forma como os seus *elementos* se apresentam dispostos.

Desta maneira, e imaginando-se que o texto legal *é* *pode* ser *estruturado* a partir de dois polos, é que é possível asseverar, *neste contexto*, que o seu *polo antecedente* é composto (ou constituído) por uma *hipótese fática*, ao passo que o seu *polo consequente* é integrado (ou constituído) por um *efeito jurídico*.

Destas considerações é possível dizer que a cláusula geral figura como uma espécie de texto ou enunciado normativo integrado por antecedentes (ou hipóteses fáticas), de regra, compostos por termos que refletem conceitos jurídicos indeterminados, e, sempre, por consequentes não previamente fixados pelo legislador.

Por isso é que esta forma de apresentação da estrutura do texto legal, que carrega consigo uma *cláusula geral*, traduz a ideia de um *enunciado*¹⁹ normativo

¹⁹ Sob outra ótica, os enunciados normativos poderiam exprimir ou refletir um *conceito* ou um *tipo*. Ambos seriam elementos integrantes da metodologia jurídica, entretanto, não operariam em frequências idênticas. Deste modo é que a fadiga dos *conceitos* teria ensejado a teorização sobre os *tipos*. De fato, “*como o conceito geral abstrato definitório, de que a dogmática jurídica habitualmente se serve, nem sempre se presta à expressão do significado dos institutos jurídicos surgiram novos esforços teóricos tendentes a alcançar resultados mais precisos e uma visão mais profunda das coisas. Nessa linha de reflexão, merecem especial destaque as pesquisas referentes ao tipo. Foi a descrença nos conceitos que trouxe para o primeiro plano da ciência moderna a noção de tipo.*” [KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Teoria geral do direito*. Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (org.). São Paulo: RT, 2011, v.1, p. 712]. Portanto, enquanto o *tipo* se prestaria a ser *descritivo* quanto às figuras ou institutos jurídicos, o *conceito* cuidaria em *defini-los* de forma *rígida*. Assim é que o *tipo* seria *descritivo*, aberto e fluido quanto

aberto, em contrapartida aos enunciados normativos *fechados* (ou casuísticos) que, a sua vez, caracterizam-se por *trazerem* antecedentes compostos por termos *determinados* ou *precisos*, e consequentes já *eleitos* ou *fixados*.

Vale dizer, os textos legais casuísticos têm conteúdo semântico já delimitado quanto aos seus antecedentes, e consequentes já fixados previamente.

Deste modo é que o juiz, diante de um texto ou enunciado normativo que se apresente sob a forma de uma cláusula geral, terá como tarefa, *de regra*, definir o sentido de termos que poderão se apresentar *porosos*, em seu antecedente, e, ainda, por outro lado, estabelecer consequentes ou efeitos jurídicos, cuja criação foi deixada, por aquele mesmo enunciado, sob sua responsabilidade.

A partir de sua *estrutura*, portanto, pode-se dizer que as cláusulas gerais *funcionam* como espécies de *janelas* através das quais o ordenamento jurídico passa gozar de um maior arejamento, traduzindo a possibilidade de incorporação, quando da norma a ser extraída do texto, de elementos que já existam, naquele mesmo ordenamento, ou que ainda inexistam em seu interior.

Por meio de um enunciado normativo que reflita uma cláusula geral, assim, é possível que se extraia (reconstrua) uma norma-regra ou uma norma-princípio, tal como se verá adiante.

Em outras palavras: a cláusula geral (espécie de texto normativo aberto), pode ensejar a aplicação de uma regra ou de um princípio.

aos seus elementos, ao passo que o *conceito* seria delimitado, fixo e definido pela indicação de suas notas. Mesmo diante destas distinções, é bem de ver que os tipos não poderiam prescindir dos conceitos no âmbito daquela mesma metodologia jurídica. É possível ainda, desta forma, afirmar que os tipos fechados seriam mais avizinados, por assim dizer, dos conceitos, quando comparados aos tipos abertos. De fato, os “*chamados tipos fechados contêm a conduta e todos os elementos necessários à sua configuração. Os tipos abertos, ao contrário, induzem uma certa indeterminação no conteúdo da conduta. [...] À medida em que o tipo se constituir em uma série fechada, mais ele se aproxima da abstração e da rigidez próprias do conceito [...] O legislador tende a converter tipos abertos em tipos fechados sempre que lhe interessarem a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. Como contra-partida, há de resignar-se que elementos secundários fiquem de fora e que eventuais variantes não possam ser consideradas.*” [KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Teoria geral do direito*. Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (org.). São Paulo: RT, 2011, v.1, p. 718-719]. À sua vez, ao se debruçar sobre este binômio (*tipo e conceito*), Larenz aduz que “*‘Tipo’ e ‘conceito’ não são de resto contraposições rígidas, admitindo, ao invés, pontos de comunicação. Nestes termos, vimos que um conceito definido mediante notas características tidas como acabadas pode conter uma nota característica que, ao seu turno, é ‘aberta’, à maneira de um tipo.*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 310.)

3. CLÁUSULAS GERAIS

3.1. INTRODUÇÃO

Já se sabe que não é mais sequer razoável aceitar que o texto legal venha a figurar ou ser considerado como vertente única do sistema²⁰ jurídico, de maneira que não sobressai qualquer espécie de dúvida de que o direito não se encerra ou se resume à letra da lei.

O texto legal deve ser tomado, como já se viu, como o primeiro *porto* de onde se parte para a realização do direito. No caminho, no implemento de sua rota, portanto, deverá a *nau* passar por outros *portos* que, a sua vez, cuidarão de enriquecer a viagem, na medida em que de cada um deles levará consigo elementos que formarão o todo de sua experiência (o todo de sua convicção), fazendo-a, assim, eficazmente, chegar a seu destino (a realização do direito).

Irá, desta forma, amalhando e interiorizando valores, costumes, modelos de condutas, comportamentos e diretrizes que existem não só dentro, mas também fora da *nau*, de maneira que deverá levar em conta, como matéria prima, todos aqueles elementos que possam contribuir ou ter alguma serventia, alguma valia para o seu propósito final, ainda que colhidos das observações feitas pelo *grumete* a partir do *cesto da gávea*.

Quer-se dizer – *e aqui vale repisar* – que não só o *texto* normativo, com seu sentido primeiro (e mínimo), mas também, e sobretudo, outras frações, decorrentes

²⁰ A palavra “sistema” não traz consigo a ideia de um sentido uniforme, determinado ou único. Ao contrário é dotado de uma polissemia, e isso, principalmente, quando se leva em conta o contexto histórico em que é tomada ou inserida. Quer-se dizer: o sentido desta palavra certamente apresenta-se diferente e, por vezes, particularizado quando considerado o momento histórico e social que compreende a conjugação de seu significado, de seu sentido. Sem embargo deste raciocínio, parece ser intuitivo que o termo “sistema” remete à ideia de algum ponto de comunhão entre os elementos que o integram, à noção de um todo ordenado, enfim, à noção de conjunto. No tocante aos expedientes do direito, a palavra parece estar mais conectada a uma espécie de “*modelo de organização de certo ordenamento jurídico*”, que, a sua vez, poderia ser entendido como o conjunto das normas que regulam a vida jurídica em certo espaço territorial. Assim, o sistema exprimiria as ligações, nem sempre existentes, entre estas normas. É bem de ver, a propósito, que num ordenamento, há vários sistemas. Isso equivale a dizer que num ordenamento, que é formado pelo conjunto de normas, há várias espécies de ligações. O ordenamento funcionaria, desta maneira, como uma espécie de ecossistema “*que pode abranger ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos*”. Há, portanto, por exemplo, ordenamentos que trazem consigo, preponderantemente, sistemas (ou subsistemas) fechados de regras jurídicas e, numa dimensão menor, sistemas (ou subsistemas) mais flexíveis de regras jurídicas. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 43)

de outros elementos²¹ (e suas conexões), inclusive assistemáticos, poderão colaborar e conspirar em benefício e a favor da *(re)construção* da norma e sua aplicação.

Nesse cenário é que bem se apresentam as cláusulas gerais²² que, como já se disse, refletem uma espécie de recurso linguístico adotado pelo legislador, ou seja, uma técnica legislativa consistente na produção de um *texto, enunciado* ou *dispositivo* legal, marcado, *normalmente*²³, em seu *antecedente fático*, por palavras ou locuções que denotem termos ou conceitos indeterminados, e, *sempre*, quanto ao seu conseqüente, pela *não* eleição ou *não* fixação de um *conseqüente jurídico*.

Figuram, assim, as cláusulas gerais, na qualidade de espécies de textos normativos *abertos*, como pontos de partida, à serviço do intérprete, para a extração (reconstrução) da norma, na medida em que será possível promover a integração de elementos já expressos no ordenamento ou valores, diretivas, máximas de conduta, arquétipos, *standards*, que ainda não lhe sejam presentes²⁴.

É preciso, neste sentido, que o direito seja realizado sob a perspectiva da incorporação de elementos, também a partir do *mundo* e não, como se vem dizendo, *apenas* a partir do texto ou enunciado legal.

É bom lembrar que se contrapõem aos enunciados normativos abertos (do qual é espécie a cláusula geral), os enunciados normativos fechados ou casuísticos, caracterizados que são por antecedentes (ou hipóteses fáticas) dotados de termos determinados ou definidos, e, no outro eixo normativo, conseqüentes já previamente fixados ou eleitos pelo legislador.

É certo, também, que um ordenamento constituído, quase que integralmente, por textos ou enunciados normativos fechados (ou casuísticos), não pode

²¹ Tal como se colecionou pouco adiante, quer-se referir aos *standards*, modelos, máximas de comportamento ou condutas, além de orientações e faróis constitucionais, econômicos, políticos e sociais.

²² Segundo Fredie Didier Jr., a “*cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa*” (DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 39.)

²³ Como se verá mais adiante, nem sempre sera assim. Há casos de enunciados normativos que trazem antecedentes fáticos compostos por termos determinados ou precisos, e, por outro lado, conseqüentes jurídicos não eleitos, de modo que, também nestes casos, estar-se-á diante de uma cláusula geral.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 274.

estar habilitado a solver as incontáveis e infindáveis hipóteses derivadas das necessidades e reclamos sociais.

De fato, quando composto, preponderantemente, por aquelas espécies de enunciados normativos, que trazem consigo prescrições que se pretendem exatas, têm como destino provável o apodrecimento, precedido, decerto, de um processo de endurecimento de suas *artérias*.

Pode-se dizer que, *com as lentes de hoje*, chega a soar um tanto quanto *arrogante* o propósito contido nas concepções oitocentistas que tinham nas prescrições legais o centro perfeito e autossuficiente do sistema jurídico.

Isso porque, realmente, as codificações nasceram com a pretensão de se bastarem, de serem acabadas, completas e perfeitas, tal qual uma operação matemática, como se os seus conteúdos pudessem facilmente, e sempre, viabilizar o desenlace de todos os problemas da sociedade.

A angústia de se deparar com a falha desta *fórmula*, ou modelo, acabou, ao longo do tempo, culminando numa espécie de inflação, pouco útil, da produção legislativa.

De fato, esta mesma produção legislativa, quanto ao seu desempenho (de conteúdo!), poderia ser comparada a uma locomotiva movida a lenha, enquanto as transformações sociais passavam a *saltar* na vertiginosa velocidade do *byte*, e adiante do *terabyte*, tudo isso, inclusive, por meio de um contexto mundial, econômico e social cada vez mais integrado.

Realmente, seria uma verdadeira quimera acreditar que *apenas* as *prescrições legais* conseguiriam, com a eficácia desejada e reclamada, alcançar a composição dos problemas advindos da *realidade social*.

É como se numa pista de corridas em formato oval, desconsiderando o desfecho educativo da fábula de *La Fontaine*, a tartaruga quisesse alcançar a lebre. Ao levar *volta em cima de volta* poderia aquela ter, no máximo, a ilusão de que estava próxima da desta última.

Chega a ser uma esperança irrealizável querer reduzir ou desejar *tipificar*, enfim, as imensuráveis sendas pelas quais percorre o comportamento humano à dicção legal.

Assim é que, se debruçando nos pilares sobre os quais foram edificadas as codificações europeias oitocentistas, legadas, conseqüentemente, e adiante, às brasileiras, anotou Judith Martins Costa que “*profundas fissuras fizeram ruir a tríplice ideologia que sustentava a relação sistema-código, vale dizer, a ideologia da sociedade, a ideologia da unidade legislativa e a ideologia da interpretação.*”²⁵”

Com efeito, e em síntese, no que se refere ao cenário da *derrocada* da chamada *ideologia da sociedade*, a realidade atual não mais se coadunaria com o contexto social burguês de tempos pretéritos, em que foi sedimentada a *marca* do individualismo.

Já no que toca à falência da *ideologia da unidade legislativa*, tal como em palavras assemelhadas afirmou-se acima, findou por se esfarelar a concepção, por exemplo, de um código entendido como um:

... sistema completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis, em outras palavras, das regras concernentes à sociedade civil, ao mundo dos privados. A sociedade oitocentista assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, em matéria contratual, se reconhecia no código como num espelho.²⁶

Por fim, quanto ao que se chamou de *queda* da *ideologia da interpretação*, não haveria (como não há) mais espaço para impor tantos limites às atividades cognitivas exercidas pelos magistrados, quando do cumprimento de sua função, como se fosse possível pôr *arreios*, diga-se assim, às suas tarefas interpretativas.

Em assim sendo é que a superação desta cultura deveria resultar num novo modelo de codificação.

No particular, Judith Martins Costa assevera que:

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 276.

²⁶ Idem. *Ibidem*, p. 277.

iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente aos princípios e regras constitucionais. As modificações da técnica e da linguagem legislativa estão, com efeito, no vértice deste complexo processo de alteração da cultura jurídica.²⁷

Acertada, a propósito, inclusive no que se refere à realidade do ordenamento nacional, a afirmativa segundo a qual a inspiração da técnica legislativa consistente na produção de modelos jurídicos abertos encontra terreno fecundo no âmbito do texto constitucional.

Nesse sentido, é bem de ver que um dos mais relevantes enunciados normativos abertos que residem no corpo do ordenamento pátrio, é a chamada cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), adiante, será melhor esmiuçada.

Voltando as atenções ao movimento de translação cultural, em curso adiantado, retratado nas searas acima descritas (ideológica, legislativa e interpretativa), importa dizer que, uma vez ultrapassadas, ou ao menos, fortemente mitigadas, as premissas inauguradas naqueles momentos pretéritos, os enunciados normativos abertos, sobrelevam-se como *importantísimos* utensílios a serem manejados no contexto atual para fins de construção e realização do direito.

Com efeito, revestem-se sob a forma de verdadeiras portais – *que podem ser alocados na dicção legal* – através das quais se habilitarão a penetrar (serem sistematizados²⁸), justamente, os antes referidos *elementos*, quais sejam: valores,

²⁷ Idem. *Ibidem*, p. 285.

²⁸ Não apenas a imigração de elementos que outrora residiam fora do sistema podem ser concretizados por meio de uma cláusula geral. Com efeito, “*têm ainda as cláusulas gerais a função de permitir à doutrina operar a integração intra-sistemática entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil - a ‘mobilidade interna’, a qual consiste, nas palavras de Couto e Silva, ‘na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato’.* Por fim, *viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia. Com efeito, em alargado campo de matérias - notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos -, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não*

standards (modelos de conduta), orientações e diretrizes, inclusive constitucionais, sociais, políticas e econômicas, que são a tradução ou a fotografia de um determinado momento, contexto ou realidade.

Ao longo do tempo, e diante de uma possível (e muito provável) evolução desses *elementos* no âmbito de uma determinada sociedade, que impliquem, eventualmente numa ótica já customizada de seus sentidos e significados, aquelas mesmas portas e janelas, que continuarão a figurar no seio de dicções legais, agora serão responsáveis pela ressystematização daqueles mesmos *elementos* (evoluídos/adaptados), exatamente porque lhes serve, continuamente, de fio condutor.

Deveras, as cláusulas gerais, espécie do gênero enunciado normativo aberto, carregam consigo uma vocação natural para hospedar uma forma mais *ecumênica* de construção e realização do direito.

Feitos estes apontamentos inaugurais parece ser importante tecer algumas considerações sobre as origens das *cláusulas gerais*.

Desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado. Suas origens remontam ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Código Civil alemão, datado de 1896. Entretanto, a bem da verdade, antes do advento do referido diploma, já se podia constatar a existência das cláusulas gerais no corpo do Código Civil francês, cuja edição data de 1804.

Sucedo, porém, que, dadas as circunstâncias históricas francesas do séc. XIX, a existência de textos legais identificados no bojo de seu Código Civil como sendo hipóteses de cláusulas gerais, cumpriu mais um papel formal do que propriamente prático.

deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa. Tenho ser esta, hoje, a mais relevante função das cláusulas gerais, pois viabilizará a compreensão do conceito contemporâneo de sistema, o que se apresenta relativamente aberto (viabilizando a introdução de novas hipóteses, sem contudo, dispersar-se na cacofonia assistemática), móvel (marcado pelo dinamismo entre as hipóteses que contempla nas suas várias partes) e estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo. Como assegura Clóvis do Couto e Silva, o Direito exige o assentamento de um núcleo valorativo e de uma técnica relativamente unitária ou comum entre os vários conjuntos normativos que o compõem, pena de incompreensibilidade absoluta e, inclusive, inaplicabilidade, no Direito Privado, dos valores e diretivas constitucionais.” (MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 15 jul. 2011.)

É que, à evidência, no Estado francês, não haveria como conceber, no feixe de atribuições da atividade jurisdicional, qualquer possibilidade, sequer, de um viés de interpretação extensiva ou expansiva por parte de um juiz.

Desta maneira é que foi na Alemanha que se deu, muito além da previsão formal, a *teorização e aplicação* de uma nova realidade a ser impressa às relações obrigacionais de natureza privada, por meio, exatamente, da adoção prática das cláusulas gerais (*Generalklauseln*).

A propósito, costuma-se²⁹ afirmar que têm o timbre da cláusula geral os textos normativos derivados do Código Civil alemão de 1896 plasmados no §138 e no § 826, cujas letras assim estão dispostas, sem grifos no original, sucessivamente:

O ato jurídico contrário aos *bons costumes* é nulo³⁰

Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de *atitudes contrárias aos bons costumes* é obrigado a reparar o dano³¹

Sem embargo da importância dos permissivos acima referidos, parece que relevo não menos acentuado costuma ser conferido à cláusula geral, igualmente residente do BGB, contida no enunciado do § 242, cuja dicção, sem grifos no original, é a seguinte:

O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 287.

³⁰ Não parece que o enunciado em questão refletiria, propriamente, um caso de cláusula geral. Isso porque, em que pese haver uma indeterminação em seu antecedente fático (ato jurídico contrário aos bons costumes), o seu consequente foi aprioristicamente eleito pelo legislador (o reconhecimento da nulidade do ato jurídico). Seja como for, e tal como já se advertiu alhures, este formato de enunciado aberto com antecedente vago e consequente não eleito, para alguns, como por exemplo para Cláudia Lima Marques, seria, sim, uma hipótese ou caso de cláusula geral (MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiro, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: algumas reflexões*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 43, p. 25-57, 2002.).

³¹ Tal qual acontece com o enunciado normativo contido no § 138, também neste caso do referido no § 826, o antecedente fático (bons costumes) *não* dispensa uma atuação criativa do juiz, de modo que terá que semear, por assim dizer, o conteúdo semântico daquela locução concebida em formato indeterminado. Mas já no que diz respeito ao consequente jurídico (reparar o dano), parece se apresentar como um efeito já eleito previamente. De modo que, também nesta hipótese, parece não se estar diante, propriamente, de uma cláusula geral, e sim de um conceito jurídico indeterminado..

É importante que se chame atenção que não foi sem dificuldade, tampouco de maneira tão *planejada*, como poderia se pensar, que a cláusula geral da boa-fé objetiva³², contida no enunciado do § 242, foi concebida, e aceita, no contexto da época.

Sim porque, como se sabe, não era apenas o Código de Napoleão que incorporava a ideia de um sistema fechado e pretensamente completo, acabado e, desta forma, *immune* a omissões. Com efeito, o BGB também³³ foi edificado à luz de paradigmas deste jaez, sob concepções pandectísticas.³⁴

Realmente:

a inserção deste tipo de norma num código formado e modelado pela pandectística poderia surpreender. Não haverá, portanto, surpresa ao saber que a aprovação do BGB, em 18 de agosto de 1896, deu-se em meio a fortes críticas ao caráter “elástico” de algumas de suas disposições e ao apelo “demasiadamente frequente”, aí implicado, ao “poder discricionário do juiz.”³⁵

Em que pese o destaque merecido por essa consideração, importa, mais ainda, acentuar que os enunciados normativos hoje reconhecidos como cláusulas gerais no âmbito do BGB, não davam, na ocasião, a exata compreensão aos seus autores, e aos

³² No que se refere ao sentido do valor em análise, parece ser interessante observar que a “*formação tardia do Estado alemão colaborou para o desenvolvimento de um direito mais ligado aos usos e aos costumes, adquirindo particular importância os “usos do tráfico”, que daria conteúdo à boa-fé e refletiria, mais tarde, na codificação civil alemã.*” (BORGES, Thiago. *Boa-fé nos contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto*. UNIFACS, Revista Jurídica. Edição fevereiro de 2006. Disponível em <HTTP://www. Unifacs.br/ revistajuridica/ arquivo/edição_ fevereiro2006/docente/ doc_01.doc>. Acesso em 01 dez. 2011)

³³ “*Em que pese a diferença dos modelos adotados pelo Code Civil francês (com sede doutrinária na Escola da Exegese) e pelo Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), o código civil alemão (com raízes na pandectística e no formalismo positivista), estes constituem os grandes paradigmas da codificação oitocentista, ambos concebidos como um sistema fechado pretensamente dotado de unidade, coerência e completude. Assim, a legitimação da fonte legislativa exclusiva (autoridade histórica ou estatal) e a inexistência de antinomias ou de lacunas dominaram o modelo de código concebido na época*” (BORGES, Thiago. *Boa-fé nos contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto*. UNIFACS, Revista Jurídica. Edição fevereiro de 2006. Disponível em <HTTP://www. Unifacs.br/ revistajuridica/ arquivo/edição_ fevereiro2006/docente/ doc_01.doc>. Acesso em 01 dez. 2011)

³⁴ A escola alemã dos pandectistas, tal qual à exegética, endossava a ideia de que todo o direito estaria contido, apenas, na lei. Com efeito, “*na escola dos pandectas, a ciência do direito, por ser o conhecimento do direito positivo, só é possível num direito sistemático, tendente a eliminar todas as considerações que são, por essência, alheias ao seu objeto, pensamento que deu origem ao positivismo kelseniano.*” (BORGES, Thiago. *Boa-fé nos contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto*. UNIFACS, Revista Jurídica. Edição fevereiro de 2006. Disponível em <HTTP://www. Unifacs.br/ revistajuridica/ arquivo/edição_ fevereiro2006/docente/ doc_01.doc>. Acesso em 01 dez. 2011)

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 288.

pensadores de então, de que ali poderia estar contida uma *janela*³⁶ para que o juiz pudesse exercer seu mister dentro de uma concepção mais criativa, à luz, assim, de um maior espectro interpretativo.

Assim é que a teorização e a percepção da existência de uma abertura no sistema, na Alemanha, decorreu muito mais do exercício jurisdicional levado a efeito por seus magistrados, quando do manejo de enunciados como o do § 242, do que do *desejo* incutido na *boa vontade* do legislador.

Some-se a isso, como fator importante para que se instalasse um ambiente mais propício para a teorização e o desenvolvimento das cláusulas gerais na Alemanha, o fato de que naquele país, diferentemente do que aconteceu no Estado francês, não ter havido uma aderência tão forte à ideia da separação dos poderes³⁷.

Desta forma é que, com o decurso do tempo, através do qual se teorizou e se exercitou o expediente das cláusulas gerais, da Alemanha passaram elas a ser adotadas em diversos outros países da Europa, como foi o caso da Itália, com o seu *Codice Civile* de 1942, bem como, pouco mais adiante, o de Portugal de 1966.

Seja como for, vale reafirmar³⁸⁻³⁹ que a cláusula geral⁴⁰ ostenta a forma de uma técnica legislativa⁴¹ através da qual se produz um enunciado normativo *aberto*,

³⁶ Originariamente o § 242 do BGB foi concebido para servir como um *reforço* em favor do § 157 do mesmo código que, a sua vez, versava sobre forma tradicional de interpretação de negócios jurídicos. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 288)

³⁷ De fato, anotou Judith Martins Costa que esta “*circunstância permite a afirmação de que ‘as cláusulas gerais nasceram no BGB’*. Embora, do ponto de vista histórico, essa assertiva não se confirme, haja vista que o Code Napoléon também as contenha, o certo é que sua utilização enquanto tal e bem assim a teorização acerca do tema se dará pioneiramente na Alemanha.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 291)

³⁸ Para Cláudia Lima Marques, os enunciados normativos abertos que apresentem antecedentes fáticos compostos por termos ou locuções indeterminadas, e, no outro eixo textual, um conseqüente jurídico já previamente eleito pelo legislador, igualmente ostentariam o timbre de uma cláusula geral. (MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiro, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: algumas reflexões*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 43, p. 25-57, 2002). Assim é que a partir deste referencial, para a autora, a dicção do art. 51, IV do CDC refletiria uma cláusula geral. Eis o seu texto: “*art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*”. Como se pode ver, muito embora o antecedente normativo seja composto por termos vagos (obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade) o conseqüente jurídico foi previamente eleito pelo legislador (a nulidade da cláusula). É interessante verificar que mesmo estando separados por aproximadamente 100 anos, ao que tudo indica, parece que o § IV do art. 51 do CDC (alhores destacado), tal qual o §138 do BGB de 1896, evidenciam um exemplo de conceito jurídico indeterminado quanto aos

de maneira que, em regra⁴², os termos contidos no antecedente normativo devem ter o seu sentido preenchido pelo juiz, enquanto o seu conseqüente deve ser por ele estabelecido ou criado quando da extração e aplicação da norma diante do caso concreto⁴³.

Deste modo, repise-se, a adoção de expedientes como os da cláusula geral funciona como uma maneira de conferir maior elasticidade, mobilidade, flexibilidade e, sobretudo, longevidade ao ordenamento jurídico que, também no caso do Brasil, histórica e tradicionalmente é mais composto por sistemas (e subsistemas) fechados.

Realmente, não há como negar que o uso das cláusulas gerais conspira a favor da mitigação do engessamento de uma realidade pautada, preponderantemente, em enunciados normativos casuísticos ou fechados.

seus respectivos antecedentes fáticos, entretanto, ambos, por outro lado, quanto aos seus correlatos conseqüentes jurídicos apresentam a eleição apriorística do legislador.

³⁹ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, seriam as cláusulas gerais compostas de conceitos vagos ou indeterminados e encampariam princípios. Parece ser possível, assim, inferir-se do seu trabalho que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados se apresentariam como sinônimos. É uma conclusão, pelo tanto do que foi presentemente dito, não acertada. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 161-164)

⁴⁰ Para Rodrigo Mazzei as cláusulas gerais são “[...] dispositivos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes, pois ao mesmo tempo em que contemplam vários critérios objetivos, estes não são fechados, cabendo ao Estado-juiz, em valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço, voluntariamente deixado pelo legislador, de abstração da norma. Essa vagueza da cláusula geral é proposital na busca da melhor concretização da justiça, diante da certeza de vivermos numa sociedade heterogênea e em constante processo de mutação” [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p 32-33].

⁴¹ Para Judith Martins Costa, “considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 303)

⁴² Já se viu que nos casos em que o antecedente normativo apresenta termos definidos ou determinados, mas, por outro lado, traz conseqüentes (ou efeitos) jurídicos não fixados ou não eleitos, estar-se-á, sim, diante de uma cláusula geral.

⁴³ Nesse sentido, afirma Canaris que “é característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo.” (CANARIS, Claus – Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: 2002. p. 142)

A propósito, tal como se fez alhures, é importante repisar que sem embargo das críticas feitas a sistemas compostos *apenas* por enunciados normativos fechados, d'outra banda, não há como se admitir a sustentação de sistemas alicerçados *unicamente* em enunciados normativos abertos.

Nesse sentido parece ser importante ter em conta que:

um sistema ideal deve ter a aplicação balanceada, com dispositivos legais fechados (casuísticos) e hipóteses legais para o preenchimento (cláusula geral), pois a simbiose 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.⁴⁴

De fato:

não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies⁴⁵

É importante, igualmente, realçar que o tradicional mecanismo da *subsunção*, melhor amoldado ao chamado *positivismo formal*, avulta-se como o mais adequado para a aplicação de enunciados normativos fechados ou casuísticos, ao passo que, quando se tem em conta os chamados enunciados normativos abertos, do qual é exemplo a cláusula geral, é próprio fazer-se o uso do mecanismo da *concretização*.

É preciso que se diga, ainda, que tudo está a indicar que a utilização das cláusulas gerais está apenas no começo, quando considerada a realidade brasileira que só há poucos anos editou um novo Código Civil e que, ainda, está no anúncio do primeiro arrebol de um novo Código de Processo Civil⁴⁶, ambos, influenciados pelas premissas que ensejaram a edificação um sistema jurídico mais aberto.

⁴⁴ [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p 30.]

⁴⁵ Idem. *Ibidem*, p. 41-42.

⁴⁶ Em relação ao Código de Processo Civil brasileiro, mesmo que se esteja, ainda, diante do diploma de 1973, é evidente que as sucessivas reformas a que foi submetido, acabou por lhe fazendo incorporar algumas cláusulas gerais processuais, sem embargo, vale frisar, da existência de algumas destas espécies mesmo no âmbito de sua redação originária, como é o caso do art. 1.109.

A propósito, apondo-se uma lente sobre a dicção daquele primeiro diploma, assim como noutros, há algumas formas ou ferramentas que facilitariam a identificação de uma cláusula geral.

Assim é que é proposição da doutrina⁴⁷ uma tipologia⁴⁸ das cláusulas gerais. Elas estariam, desta forma, compreendidas em três espécies: as *restritivas*, as *regulatórias* e as *extensivas*.

As do tipo *restritivas* diriam respeito a enunciados que operam numa frequência de modo a delimitar certas liberdades. É o caso, por exemplo, da cláusula geral da função social da propriedade referido no art. 1.228⁴⁹ do CC/02, adiante melhor examinada, que submete o exercício do direito de propriedade à sujeição a determinados significantes a serem cunhados pelo juiz.

⁴⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.184.

⁴⁸ Partindo-se da classificação proposta de maneira a admitir essa tipologia, poderia se concluir que haveria espécies de cláusulas gerais que implicariam a possibilidade de uma atuação mais acentuadamente criativa quando comparada a outras. Por exemplo, nas cláusulas gerais do tipo *restritiva*, para o fim de limitar o exercício de um direito o juiz poderá criar (e incorporar) um consequente normativo (efeito jurídico) absolutamente assistemático, derivado, desta forma, de valores, de standards, bem como de outras diretrizes. Já quando se tem em conta uma cláusula geral do tipo *extensivas*, o juiz, conforme lhe franqueia o dispositivo legal, dá-se a efetuar um alargamento da regulação originalmente contida no enunciado, extraíndo e incorporando regras ou princípios derivados de textos sortidos e pertencentes ao ordenamento jurídico nacional ou estrangeiro. Assim é que naquele primeiro caso, para *restringir*, o juiz *cria* com larga e ampla margem de liberdade (inclusive podendo incorporar elementos assistemáticos), ao passo que na segunda hipótese, em que precisa *expandir*, o juiz “*cria*”, ou melhor, *escolhe* dentre as normas (ainda que alienígenas) cujas balizas ou apontamentos são suscitados e apresentados pelo próprio enunciado, e, ainda, são integrantes do próprio ordenamento. Desta forma o poder criativo do juiz seria manifestado numa dimensão maior (ou mais reforçado) diante de cláusulas gerais daquela primeira espécie. Poder-se-ia falar possivelmente, assim, em graus ou níveis de criatividade a depender da forma ou maneira como tenha sido concebido o enunciado normativo que reflita uma cláusula geral.

⁴⁹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

As *regulatórias* se prestariam a servir de vetores para que princípios (normas-princípios) pudessem regulamentar determinadas situações concretas que, a sua vez, não haviam sido completamente delineadas pelo enunciado legal. É a hipótese, por exemplo, do excesso ou abuso de direito a que alude o art. 187⁵⁰ do CC/02.

E a derradeira espécie se referiria às *extensivas*, que, a sua vez, teriam o sentido de, conforme *autorização* contida no próprio enunciado legal, promover-lhe o alargamento da regulação por meio da incorporação de regras e princípios (espécies normativas) pulverizados noutros textos pertencentes ao ordenamento jurídico nacional ou até alienígena.

Seria a hipótese do art. 7^o⁵¹ do CDC que remete o aplicador do direito a tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, além d'outros diplomas egressos da ordem interna.

Por tudo o quanto se disse parece ser possível concluir que a ultrapassagem paulatina da cultura segundo a qual as prescrições legais seriam o centro de todo o ordenamento jurídico, e não apenas um dos elementos no processo de construção e realização do direito, ensejou o aparecimento de um sistema mais aberto, composto por *janelas*, na forma de enunciados normativos que trazem consigo, normalmente, termos fluidos e indeterminados em seus antecedente fáticos, e, sempre, consequentes⁵² não fixados ou não eleitos pelo legislador.

Espécies normativas estas sobremaneira propícias a promoverem a possível incorporação de valores, de *standards*, e de diretrizes constitucionais, econômicas, sociais e políticas, inclusive, em muitos casos, quando estavam alguns destes mesmos elementos gravitando fora do sistema jurídico, ensejando, deste modo, a chance para a sua sistematização.

⁵⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵¹ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

⁵² Não se deve olvidar, repita-se, que há cláusulas gerais que trazem em seu bojo alguns consequentes normativos já *sugeridos* para o juiz que, naturalmente, não estará preso a eles, na medida em que o próprio legislador sugere por um lado, mas, por outro confere e este mesmo magistrado a possibilidade de eleger outros consequentes.

Esse cenário, certamente, avulta-se como um ambiente sobremodo benigno para o exercício de uma jurisdição mais criativa, por meio, inclusive, do método da concretização, na medida em que o direito é construído *a posteriori* e a partir do caso concreto.

3.2. CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Aspecto que parece merecer alguma reflexão é o relativo à distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

O conceito jurídico indeterminado tem conteúdo em larga medida incerto.

Os conceitos *absolutamente* determinados são muito raros em Direito. Pelo menos em parte, os conceitos jurídicos são *predominantemente* indeterminados. É o caso, por exemplo, de expressões como *escuridão*, *ruído*, *sossego noturno*, *perigo*, entre outros⁵³.

Há, nos conceitos jurídicos indeterminados, um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual.

Sempre que se tem uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito está-se diante do *núcleo* conceitual. Iniciadas as dúvidas começa o *halo* do conceito⁵⁴.

Seja como for, muito embora não sejam incomuns as afirmativas em sentido contrário, o fato é que a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado não são expressões que podem ser tidas como sinônimas.

Desta forma é que, mesmo tendo pontos de convergência, como, por exemplo, quanto ao fato de ambas serem vias ou instrumentos propícios para a sistematização de valores, de *standards*, bem como diretrizes de natureza social, econômica e política, bastas vezes extra-sistemáticos, a verdade é que operam, decerto, em frequências, diga-se desta maneira, diferentes, distintas.

⁵³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. p. 208-209.

⁵⁴ Idem. *Ibidem*, p. 209.

Ambas têm em comum, também, tal qual já se advertiu, o fato de estarem inseridas como espécies do gênero *enunciado normativo aberto*.

Ademais, igualmente é verdadeiro afirmar que os dois casos ensejam a atuação dotada de uma maior criatividade⁵⁵ por parte dos misteres jurisdicionais.

Seja como for, mesmo que tenham, como de fato têm, pontos de comunhão e convergência, repita-se, não podem ser tomadas como expressões que trazem consigo o mesmo significado.

Na definição de Fredie Didier Jr.:

cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.⁵⁶

Aqui, permite-se partir deste conceito⁵⁷ com o propósito de lhe conferir uma espécie de ajuste fino, diga-se assim, para que, exatamente, deste mesmo ponto de partida sejam suscitados os apontamentos referentes ao discriminem que se pretende estabelecer entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Logo de início importa afirmar que parece não se mostrar tão conveniente⁵⁸, fazer o uso do qualificador “*indeterminado*”, tal qual efetuou o conceito acima transcrito, para explicitar os contornos da ideia sobre a qual repousa o *consequente normativo (ou efeito jurídico)* de uma cláusula geral.

É que o uso da qualificação *indeterminado(s)* afigura-se melhor alocado quando se tem em conta o antecedente fático (ou hipótese legal) contido na primeira extremidade do eixo normativo.

⁵⁵ Mesmo sendo assim, como se demonstrará, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados a criatividade é exercida com menor ênfase se comparada a exercitada na hipótese da cláusula geral.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 39.

⁵⁷ É obvio que não se está, presentemente, afirmando que o autor em referência tenha considerado o conceito jurídico indeterminado e a cláusula geral como expressões sinônimas. Não é isso. Deseja-se, na verdade, que, a partir de um detalhe contido no conceito que por ele foi estabelecido, seja possível que se promovam os apontamentos inaugurais sobre as diferenças existentes entre as duas mencionadas técnicas legislativas.

⁵⁸ A palavra aqui pretende ser empregada com precisão. Isso porque não se quer afirmar que o conceito formulado pelo autor seja errado, mas, apenas, não tão preciso. Não tão conveniente.

Exatamente porque é lá, no antecedente fático, onde, normalmente, estão contidos⁵⁹ termos vagos ou fluidos.

Eis os *conceitos jurídicos indeterminados*.

E, justamente, em razão de, no antecedente fático, estarem contidos conceitos e termos *indeterminados*, é que não parece ser aconselhável qualificar o conseqüente (ou efeito jurídico) também de *indeterminado*.

O conseqüente, desta forma, não possui, propriamente, uma indeterminação.

Na verdade, ele não foi escolhido, não foi fixado ou eleito pelo legislador. Segundo Kelsen, o legislador *pode* ou *não* efetuar a escolha⁶⁰.

Quando o legislador não realiza a escolha, caberá ao juiz fazê-lo.

E, se a escolha a ser realizada pelo magistrado disser respeito ao que consta do conseqüente normativo, estar-se-á diante de uma cláusula geral.

A indeterminação que qualifica os termos vagos usados no início do enunciado normativo tem mais o sentido de que estes mesmos termos são imprecisos, não são claros, ou não completamente delineados *quanto ao seu sentido*.

É justamente essa ideia – *de imprecisão, de sentido a completar, a rematar, a concluir* – que, presentemente, pretende-se afastar do que se pode entender como sendo o conseqüente (ou efeito jurídico) do enunciado normativo.

⁵⁹ Conforme será visto adiante, poderá haver hipóteses (de cláusulas gerais) em que o enunciado normativo contenha antecedente fático *determinado* e conseqüente *não eleito*, de maneira que, também neste caso haverá o juiz que atuar ativamente para a sua criação.

⁶⁰ “*Dai resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à conseqüência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre - em correspondência com a natureza desta norma geral - sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na lei um limite máximo e um limite mínimo.*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 388-389).

Se acaso não se promova a exposição dessa que parece ser uma filigrana, é possível que se incorra em alguma confusão quanto ao conceito das cláusulas gerais, na medida em que se pode fazer crer que o conseqüente seria composto por termos indeterminados; por conceitos jurídicos indeterminados, quando, a rigor, não é assim que acontece.

De forma que parece ser mais preciso dizer que se consegue *determinar* ou *indeterminar o antecedente fático* do enunciado normativo, quer-se dizer, o sentido ou conteúdo semântico de certos termos lá inseridos.

Por outro lado, quanto ao conseqüente jurídico parece soar mais afinado que ele possa ser *fixado, eleito* ou *estabelecido* pelo juiz.

A *indeterminação do antecedente fático*, desta forma, estaria para a *vagueza*, assim como a *não eleição* estaria para a *inexistência* prévia de um *conseqüente jurídico*.

Partindo-se desta premissa, não parece ser a melhor solução, desta forma, afirmar que haveria uma *indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa*.

Exatamente porque a indeterminação propriamente dita estaria no antecedente fático contido no eixo daquela estrutura, ao passo que quanto à outra extremidade, da mesma estrutura normativa, o seu correlato conseqüente ainda não teria sido eleito quando da atividade legislativa.

Em outras palavras, num enunciado que contenha uma cláusula geral, a parte inicial da estrutura normativa (o seu *antecedente*), *comumente*, é formada por *conceitos jurídicos indeterminados*, que, a seu turno, reclamam o correlato *preenchimento*, pelo juiz, de seu sentido, de seu conteúdo semântico, para fins, posteriormente, da *eleição* de um *conseqüente jurídico*, de maneira que assim seja realizado (aplicado) o direito a partir do caso concreto.

Portanto, o conceito jurídico indeterminado, *normalmente*, é elemento integrante da cláusula geral.

Justamente porque na estrutura lógico-normativa do enunciado (no caso das cláusulas gerais), o antecedente normativo (hipótese fática), de regra, contém termos ou locuções vagas, fluidas, portanto, *indeterminadas*.

Já a recíproca não é verdadeira, na medida em que um enunciado normativo poderá ser dotado, unicamente, de conceitos jurídicos indeterminados.

A considerar essas últimas assertivas, é possível concluir, inclusive, pela existência de algumas situações distintas no que se refere ao *olhar* que se lance por sobre a estrutura do enunciado normativo.

Desta forma é que um enunciado normativo poderá conter *antecedentes compostos por termos vagos e consequentes não eleitos*, de maneira que trará em seu bojo um conceito jurídico indeterminado e uma cláusula geral respectivamente.

Por outro lado, um enunciado poderá trazer *antecedentes compostos por termos vagos e consequentes já eleitos*, de forma que será integrado apenas por um conceito jurídico indeterminado.

Nesta hipótese, a propósito, como os consequentes já foram previamente estabelecidos, ou melhor, tipificados pelo legislador, o juiz não terá (em relação aos consequentes!) qualquer liberdade criativa, de modo que terá que “se contentar” com o uso do método da subsunção para conferir solução (do consequente) ao caso concreto.

É possível, ainda, a um enunciado legal ser composto por *antecedentes dotados por termos determinados e consequentes não eleitos*, de maneira que ensejará, tão somente, uma cláusula geral⁶¹.

Por fim, e, à evidência, nos casos em que o enunciado normativo venha a se mostrar com *antecedentes compostos termos determinados e consequentes já eleitos*, decerto que não se tratará, sequer, de um texto aberto, e sim, fechado ou casuístico.

Os parágrafos antecedentes, e as suas afirmativas, poderiam assim ser representados quanto ao aspecto visual:

⁶¹ Parece ser o caso da cláusula geral da adequação do processo, e da decisão, no âmbito da jurisdição voluntária contida no art. 1.109 do CPC, para quem: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.”

Antecedente Normativo (ou hipótese legal)	Conseqüente Normativo (ou efeito jurídico)	Composição final do enunciado normativo
Composto de termos fluidos, vagos ou indeterminados	Não eleito, não estabelecido, não fixado	Conceito jurídico indeterminado e cláusula geral
Composto de termos fluidos, vagos ou indeterminados	Eleito, estabelecido, fixado	Conceito jurídico indeterminado
Composto de termos precisos, certos ou determinados	Não eleito, não estabelecido, não fixado	Cláusula geral
Composto de termos precisos, certos ou determinados	Eleito, estabelecido, fixado	Enunciado normativo fechado ou casuístico

Como se pode concluir, o trabalho cognitivo a ser desempenhado pelo juiz quando se depare com um enunciado que contenha apenas conceitos jurídicos indeterminados em seu antecedente fático, é menor, quando comparado a um texto legal que, *também*, seja composto por uma cláusula geral, na medida em que consistirá, naquele primeiro caso, no implemento de tarefa condizente em completar o sentido ou o conteúdo semântico de termos propositadamente concebidos fluidos pelo legislador.

Já nas oportunidades em que for instado a se pronunciar diante de textos legais que, a par de trazerem consigo, em seu antecedente fático, conceitos jurídicos indeterminados, também sejam despídos da eleição de um conseqüente (ou efeito jurídico), encerrando a hipótese de uma cláusula geral, terá não só a obrigação de preencher o sentido de expressões de conteúdos vagos ou indeterminados, mas, ainda, de eleger a correspondente solução (o conseqüente), sem olvidar, em todo caso, do exame de eventuais *precedentes*, bem como do cotejo dos elementos que integram o *postulado da proporcionalidade*, tal como melhor se examinará adiante.

Realmente, como sucessivamente adverte Judith Martins Costa:

os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do ‘fato’ em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los in concreto de forma apta –, a verdade é que por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Por esta razão, uma vez estabelecida in concreto, a coincidência ou não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso é, pois, de

subsunção. Não haverá, aí, ‘criação do direito’ por parte do juiz, mas apenas interpretação.⁶²

Desta maneira é que acaba sendo forçoso concluir que entre as duas técnicas legislativas:

a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos jurídicos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa.⁶³

Com o propósito de melhor ilustrar as assertivas que vêm sendo presentemente consideradas, convém que se tome por empréstimo a dicção de alguns enunciados normativos, para o fim de identificá-los como portadores de um modelo casuístico, ou de um modelo aberto, quer seja na forma de um conceito jurídico indeterminado, que seja nos moldes de uma cláusula geral.

Como exemplo de um dispositivo normativo casuístico, ou fechado, pode-se tomar emprestada a letra contida no art. 803 do CPC assim entabulado:

Art. 803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias.

Veja-se que o antecedente normativo é preciso, claro, portanto, *determinado*. Não há, realmente, qualquer vagueza ou fluidez na expressão “*não sendo contestado o pedido*” (hipótese fática).

Com efeito, a contestação é ato por meio do qual o réu ou requerido demonstra sua resistência ou irresignação ao pedido (ao bem de vida perseguido) apresentando pelo autor ou requerente.

D’outra banda, o conseqüente jurídico, no caso vertente, foi eleito ou fixado, aprioristicamente e, com objetividade, pelo legislador, na medida em que na eventualidade de o antes mencionado pedido não ser objeto da correspondente contestação, presumir-se-ão aceitos pelo réu ou requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo autor ou requerente.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 326.

⁶³ Idem. *Ibidem*.

Estão, portanto, ambas as extremidades do enunciado normativo acorrentadas. O sentido do primeiro polo *preenchido* e o conseqüente jurídico já previamente *fixado* ou *eleito* pelo legislador.

No que se refere a um conceito jurídico indeterminado, o enunciado do art. 543-A do CPC, por exemplo, impõe, a título de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que o ponto constitucional a que se refere à decisão recorrida deva atender à chamada *repercussão geral*, cujo contorno semântico, é apenas pincelado pelo parágrafo primeiro do referido artigo.

Eis a letra do enunciado sobre o qual se argumenta:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

A hipótese fática (antecedente normativo) é composta por termos vagos.

Com efeito, qual o sentido da locução “*repercussão geral*” e das expressões “*questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”? O que são essas tais questões relevantes? O que pode representar uma repercussão geral?

A produção jurisprudencial, passo a passo, caso a caso, é que irá preenchendo o conteúdo, o sentido (o conceito) lançado de maneira indeterminada pelo legislador, de maneira que a reiteração do exercício jurisprudencial poderá ser responsável, inclusive, pela sistematização de elementos (valores, standards e determinadas diretrizes) inicialmente extra-sistemáticos.

Mas, seja como for, o conseqüente normativo (efeito jurídico) já foi previamente estabelecido ou eleito pelo mesmo legislador.

Em suma: se acaso não se atenda ao requisito da repercussão geral (que reflete, em última análise, um conceito jurídico indeterminado) o recurso extraordinário será inadmitido (efeito jurídico previamente eleito), por outro lado, se acaso

eventualmente venha a ser atendido, ser-lhe-á deferida a admissibilidade (efeito jurídico previamente eleito).

Outra hipótese que pode ser tomada por empréstimo, que reflete um enunciado que traz consigo um conceito jurídico indeterminado, é a contida no § 1º do art. 555 do CPC, cuja letra aduz que:

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo *relevante questão de direito*, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; *reconhecendo o interesse público* na assunção de competência, *esse órgão colegiado julgará o recurso*. [grifos acrescentados]

Neste caso, o antecedente normativo é integrado por termos fluidos, não determinados, que reclamam, portanto, o preenchimento de seu conteúdo semântico pelo responsável pela extração e aplicação da norma.

Deveras, em que consistiria o significado das expressões “*relevante questão de direito*”; “*que faça conveniente*” prevenir ou compor divergências entre determinados órgãos colegiados e, ainda, o reconhecimento de “*interesse público*” na assunção da competência?

Tal qual se afirmou anteriormente, o exercício jurisprudencial, *nos casos concretos sobre os quais venha a se debruçar*, deparando-se com o permissivo contido no § 1º do art. 555 do CPC, cuidará de cunhar, paulatinamente, o conteúdo e o sentido das expressões sob referência.

Por outro lado, contudo, é bem de ver que, nesta hipótese, o conseqüente ou efeito jurídico já se encontrava perfeitamente descrito naquele mesmo permissivo, de maneira que ao órgão caberá apenas aplicá-lo.

Com efeito, o relator irá preencher o conteúdo da expressão “*relevante questão de direito*”, aquilatando, ainda, no caso prático, o sentido do que viria a ser “*conveniente*” para fins de prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, que, a sua vez, através do órgão colegiado indicado em seu regimento cuidará também de preencher o sentido do que viria a ser “*interesse público*” na assunção de

competência, e, conseqüentemente, esse órgão colegiado julgará o recurso (efeito jurídico já previamente eleito).

Já como exemplo de cláusula geral poderá ser citada a hipótese hospedada no § 2º do art. 687 do CPC, que carrega consigo a chamada cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública.

Com efeito, diz o permissivo que:

§ 2º Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a freqüência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e *adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação*, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação.

Indaga-se: que outras providências tendentes à ampla publicidade da alienação seriam essas afinal?

Partindo-se da premissa quanto ao valor dos bens e às condições da comarca, poderão ser eleitas, ou seja, criadas pelo juiz tais providências.

O juiz poderá, assim, na esteira da ausência de eleição ou fixação (fechada!) quanto a este conseqüente (ou efeito jurídico), criar um formato que inexistente na lei.

O sumo de todas estas exemplificações, por certo, habilita o intérprete a concluir que, embora por vezes apresentem-se juntos, o fato é que o conceito jurídico indeterminado e a cláusula geral operam, ao final, em freqüências distintas quanto ao *dial* do direito.

É, em essência, o sentido que se pode extrair das anotações alinhadas por Rodrigo Reis Mazzei, para quem:

Antes de buscar a diferença, apenas com o fim de buscar a compreensão, é interessante notar que, se efetuada classificação partindo da *norma vaga*, esta deve ser vista como *gênero*, sendo a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado *espécies* daquela. Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (*indeterminação proposital*) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a conseqüência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No

conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal. Em outras palavras, nas duas situações, o magistrado terá que primeiro preencher o espaço valorativo para, posteriormente, aplicar a consequência jurídica que decorre da integração, sendo que, na cláusula geral, o julgador concorrerá para a formulação da norma jurídica, por não estar ela previamente desenhada, situação desnecessária quando estiver defronte ao conceito jurídico indeterminado, já que a consequência jurídica estará fixada no dispositivo⁶⁴.

Tudo está a indicar, portanto, que, não obstante correlacionem-se em razão dos muitos elementos que, conjuntamente, comungam - *nisso não há qualquer sombra de dúvidas* -, é possível que se afirme não haver relação de *identidade* entre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

3.3 CLÁUSULAS GERAIS MATERIAIS

Conforme fora dito em linhas passadas, de fato, a técnica legislativa da cláusula geral, iniciou o seu desenvolvimento no âmbito do Direito Civil.

Inclusive, lançando os olhos para o momento presente, é de se reconhecer que o Código Civil de 2002 é pródigo na hospedagem destas espécies de enunciados normativos abertos (também chamado de *vagos*).

Sem embargo deste registro, não deixa de ser pertinente que se façam rápidos apontamentos sobre o cenário que antecedeu o atual diploma civil.

Nesse sentido, é óbvio que o contexto ou ambiente histórico que conspirou para o aparecimento dos enunciados normativos abertos de feição *material*, é exatamente o mesmo⁶⁵ que ensejou a vinda dos enunciados normativos abertos de conteúdo *processual*⁶⁶.

⁶⁴ [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 34-35.]

⁶⁵ Realmente, Arruda Alvim, ao esmiuçar, no particular, a herança da Revolução Francesa para o ordenamento do Brasil, aduz que aquela “*influenciou não só na estrutura do Direito Privado, como também na estrutura do Direito Processual Civil.*” (ARRUDA ALVIM, José Manuel. *A função social dos contratos no novo Código Civil*. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 92, nº 815, 2003. p. 19.)

⁶⁶ Nunca é demais repisar que a *cláusula geral* (material ou processual) não é sinônimo de *enunciado normativo aberto*. A bem da verdade, como tantas vezes já repetido, aquela figura como espécie desta última.

Não parece ser demais que seja novamente visualizado, portanto, o dito ambiente, agora nas palavras de Rodrigo Reis Mazzei, que se prestou a promover análise sobre as cláusulas gerais no âmbito do Código Civil de 2002, discorrendo, anteriormente, acerca do modelo ou sistema jurídico que foi legado à codificação civil brasileira de 1916, que, assim, acabou por herdar os matizes do individualismo:

Apesar de ser considerado como um exemplo positivo na definição de conceitos, o Código Civil de 1916 encontra-se alicerçado nas concepções então reinantes no fim do século XIX e no despontar do século XX, quando se destacava o *individualismo*, bastando para tal constatação a breve análise de seu alcance no campo da liberdade de contratar e de seu conceito de propriedade (quase absoluta), conceitos esse modelados para atender ao capital produtivo da época. Desse modo, é correta a afirmação de que o Código Civil de 1916 recebeu grande irradiação do *Código Civil dos Franceses* e dos ideais emergentes da Revolução Francesa, fixados na tríade *liberdade, fraternidade e igualdade*, que acabam culminando na natural ideia de que o homem pode contratar com quem e na forma que desejar (liberdade de contratar), e de que o direito de propriedade deveria ser exercido dentro da liberdade individual do seu titular. Vale também salientar que, na codificação dos franceses ocorreu a opção por regras bem fechadas, com pouca liberdade para o julgador, em reflexo ao temor que havia por parte da burguesia quanto às perdas dos direitos que alcançara com a Revolução Francesa, especialmente porque a análise dos precedentes históricos demonstrava que o Judiciário francês serviu de instrumento para a prevalência da vontade dos nobres, não sendo seguro correr o risco de que tal fato pudesse vir a se repetir. Some-se a tais fatos que a codificação anterior primava pela precisão da *conceituação* em praticamente todos os pontos, fazendo com que não abarcasse a presença significativa das cláusulas gerais, fazendo com que o fator *tempo* fosse um elemento de deterioração do diploma civil. O modelo outrora concebido não poderia portanto ser plenamente seguido, seja (1) *pela alteração da própria sociedade brasileira, onde o individualismo exacerbado teve que ceder espaço para uma nova ordem social, seja (2) pelo temor de que a adoção de um sistema fechado, impossibilitasse a absorção de avanços sociais e da vida, pois esse caminho levaria o Código Civil ao insucesso*⁶⁷.

Refletindo-se sobre tais circunstâncias, sem dificuldades, conclui-se que, no contexto da concepção do Código Civil de 1916, às condutas sociais correspondiam, certamente, a presença de enunciados normativos mais fechados, e que, portanto, continham, prévia e preponderantemente, rol (sempre que possível) taxativo de prescrições legais.

Sim, porque *era preciso* tipificar, da maneira mais esmiuçada possível, os comandos legais para que não restassem dúvidas, lacunas ou margens interpretativas no momento de sua aplicação pelo juiz, de forma que parece ter-se *construído* um

⁶⁷ [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 25-26.]

modelo onde supostamente a previsibilidade das imposições legais (porque expressas) seria responsável, em tese, pela *total* segurança dos seus destinatários.

Realmente:

[...] não havia espaço ou liberdade de atuação maior para os magistrados. De outra parte, como expressão do espaço deferido à vontade dos sujeitos na ordem jurídica e o papel exercido por essa vontade, no campo dos contratos, nós encontramos, no artigo 1.134 do Código Civil francês, o mandamento de que o contrato é lei entre as partes. Isto teve um significado – o mais importante, talvez, ao lado do direito de propriedade –, tal como se encontra definido no Código Civil francês.⁶⁸

Parece ter sido essa, repita-se, portanto, exatamente essa a essência do Código Civil brasileiro de 1916. Texto que recebeu como legado os pilares que coincidem com uma acentuada liberdade de contratar, bem como com um direito de propriedade alçado a uma condição quase que axiomática.

Não é de difícil conclusão, assim, que o binômio: *liberdade de contratar e direito de propriedade*, tenha se avultado como baliza muitíssimo conveniente ao Brasil de séculos passados, na medida em que parece ter servido de suporte, especialmente quanto aquele último aspecto (direito de propriedade), para uma sociedade que até bem pouco tempo era quase que totalmente⁶⁹ ruralista, cuja origem das vastíssimas porções de terras, em última análise, remonta ao sistema real lusitano das *sesmarias*⁷⁰.

É por isso que parece ter havido uma modificação de modelo, ou no sistema, do Código Civil de 1916, para o Código Civil de 2002, de maneira que este último compõe-se de enunciados normativos que diferem daqueles matizes do *individualismo*.

⁶⁸ ARRUDA ALVIM, José Manuel. *A função social dos contratos no novo Código Civil*. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 92, n° 815, 2003. p. 20.

⁶⁹ Apenas a título de ilustração não é demais lembrar que o processo de industrialização brasileira apenas assumiu contornos mais concretos a partir de meados do século XX.

⁷⁰ E tal regime foi incorporado à realidade do Brasil colônia. Nesse sentido aduziu Nelson Nozoe que na “colônia, questão referente às sesmarias foi regida, no princípio, pelas Ordenações Manuelinas (1521). Ao livro 4, artigo 67 – nas partes que tratam da distribuição de terras em sesmarias – aludiam às cartas de doação pelas quais D. João III fez mercê da capitania, isto é do comando, sobre porções de terras, bem como os forais que se seguiam. Sobre as terras colocadas sob sua governança, os capitães donatários contavam como propriedade pessoal apenas uma parcela; comprometiam-se a distribuir o restante sob a forma de sesmaria, ‘a quaisquer pessoas, de qualquer condição, com tanto que fossem cristãos.’” (NOZOE, Nelson. *Sesmarias e apossamento de terras no Brasil colônia*. Revista Economia, Brasília, 2006, p. 587-605.)

Assim é que, portanto, o Código Civil de 2002 apresenta-se assentado sob princípios como os da *socialidade*⁷¹, *eticidade*⁷² e *operabilidade*⁷³, de forma que a concretização dessas espécies normativas pode (e deve) ser implementada, justamente, por meio da ponderação do juiz, diante do caso prático que se lhe é submetido, através de enunciados abertos, como é o caso dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.

⁷¹ “O princípio da socialidade altera a visão individualista do constante do Código Civil de 1916, partindo-se da premissa de que devem prevalecer os valores fundamentais da pessoa (dignidade) humana. Ao contrário de um raciocínio açodado, o princípio da socialidade não veio surgir em detrimento do indivíduo, perdendo esse espaço para o Poder Público, como se em verdadeira reforma marxista. Na verdade passa o indivíduo a ser visto como uma célula da sociedade e se busca preservar um conteúdo mínimo de proteção nas relações privadas, justamente em razão da necessidade de proteção à dignidade de cada partícipe da ciranda social. Com efeito, a partir da nova leitura, o proprietário que usa e abusa de sua propriedade causando danos ao meio ambiente, assim como o empresário que se utiliza da pessoa jurídica que participa para burlar o mercado, acabam por criar um ambiente que transbordará o arbítrio individual, justificando a limitação da sua soberania, em razão de sentimentos individuais que se aglutinam em sociedade. Assim, a socialidade e o individualismo hão sempre de ser confrontados em ângulos mais extensos, impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação’.” [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 27]

⁷² “[...] o princípio da eticidade no novel civil tem escopo bem amplo, aparecendo não somente como orientação que privilegia os critérios éticos (por exemplo: boa-fé, justa causa, equilíbrio da relação jurídica), bem como funciona como vetor que possibilita maior poder na busca da solução mais justa e equitativa pelo Estado-juiz. O princípio da eticidade é de tamanha importância que, em leitura cuidadosa, observa-se que o legislador prestigiou com grande calibre a boa-fé nas relações privadas, premiando o indivíduo que age com essa postura ética, dando-lhe acesso a válvulas legais não existentes na codificação anterior, criando bônus em favor deste, em diferenciação daquele que agiu com má-fé. Deve-se dizer, ainda quanto à nova realidade imposta pelo princípio da eticidade, que o Código Civil de 1916 – pela influência histórica então reinante – tentou fechar os conceitos, prevendo todos os detalhes e hipóteses, com poucas referências a critérios tidos como éticos, o que, sem dúvida, afastava a possibilidade do julgador se aprofundar no âmago subjetivo da questão para decidir de forma ‘mais próxima ao caso concreto’. Com o Código Civil de 2002, permite-se ao Estado-juiz preencher certos espaços (propositais) da lei, na busca da solução concreta ‘mais justa’ ou ‘equitativa’, com observância aos critérios ético-jurídicos delimitados na própria lei.” [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 27]

⁷³ “[...] com o princípio da operabilidade, busca-se que as matérias dispostas no Código Civil sejam de fácil aplicação, não causando embaraço na sua execução. Pensamos que a operabilidade há de ser vista sob dois enfoques: (i) material – decorrente da enunciação da norma; (ii) processual – aplicação concreta da norma [...]. O princípio vai ao encontro dos anseios de toda a comunidade jurídica, inclusive dos dedicados ao estudo do Direito Processual Civil, na medida em que, com a operabilidade, o legislador civil atraiu para si, mais do que nunca, uma responsabilidade de não criar o confuso ou o duvidoso, pois a ‘possibilidade de a tutela jurisdicional atuar como efetivo fator de pacificação social depende fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito de inúmeras situações da vida sobre o que o provimento surtirá efeito.’ [...] a operabilidade da nova codificação não pode deixar de ser vista na medida em que a mobilidade e durabilidade do diploma são trilhos a serem seguidos, e os dispositivos vagos, usados em escala, permitem tal resultado, dando vitalidade ao Código Civil de 2002.” [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 27]

Numa outra ótica seria possível afirmar que os caminhos que viabilizam a concretização daquelas normas-princípios, a serem extraídas de seus respectivos enunciados normativos abertos, não raro, tomam a forma de clamadas cláusulas gerais materiais.

O uso deste mecanismo ou técnica legislativa, desta maneira, uma vez inserida num sistema jurídico que traz como fundamentos, repita-se, os princípios (ou normas princípios) da socialidade, eticidade e operabilidade, confere ao Código Civil uma maior durabilidade, uma maior mobilidade, uma maior flexibilidade.

Realmente, parece não haver qualquer espécie de dúvidas de que o legislador teria feito a opção “*por uma codificação fortemente móvel, propiciando a aplicação da lei civil por um período mais duradouro, utilizando-se para tanto das cláusulas gerais.*”⁷⁴

É claro e é óbvio que o Código Civil de 2002 não é composto, tão somente, por enunciados normativos abertos. Ele traz em seu interior enunciados normativos fechados ou casuísticos, mas, de todo modo, todo o código (todos os seus enunciados normativos) deve ter a sua aplicabilidade perpassando, por assim dizer, pelo filtro dos princípios⁷⁵ (das normas-princípio) acima referidos.

Muitos são os exemplos das cláusulas gerais que residem no âmbito do Código Civil de 2002. É o caso do enunciado normativo que trata do direito de propriedade que, naturalmente, traz consigo uma demonstração clara da antes realçada transposição⁷⁶ das premissas sobre as quais se assentava, e, atualmente se assenta a codificação civil nacional.

Embora seja de serena conclusão o que afirmou no parágrafo anterior, pode-se vislumbrar do exame do *caput* do art. 1.228 do Código Civil atual, de certa forma, que o texto carrega feixe de direitos similar quando comparado ao seu correspondente no texto de 1916, qual seja, o art. 524, de maneira que, é possível que

⁷⁴ [MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 30]

⁷⁵ Este contexto é de tão substancial relevância que chegou a merecer destaque na exposição de motivos do anteprojeto, assinado por Miguel Reale – *supervisor da comissão revisora e elaboradora do código* – em 1975, do atual Código Civil de 2002, no item relativo à sua orientação metodológica.

⁷⁶ O que antes era um direito sedimentado sob as marcas do *individualismo*, passa a ser exercido, no caso vertente, e na nova codificação, sob a égide do princípio da *socialidade*.

deles seja extraído semelhante espírito da *autoridade* sobre a qual se apresenta o direito de propriedade.

Eis a dicção, sucessiva, a propósito, do art. 524 do CC/16 e do art. 1.228 do CC/02:

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Realmente, parecer que ambos os enunciados, tanto o noviço quanto o antigo, estão ocupados em propugnar uma *voz de comando* em favor de uma espécie de soberania, diga-se desta forma, do chamado direito de propriedade.

Sucedo que, diferentemente do permissivo contido no art. 524 do Código de 1916, o art. 1.228 do Código atual *apresentou-se* acompanhado por parágrafos que trouxeram consigo, exatamente, o reflexo de enunciados normativos abertos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), o que, sob uma ótica mais contextualizada, deixa transparecer, naturalmente, que a antes anunciada *autoridade* do direito de propriedade, presentemente, deve ser interpretada à luz de elementos que lhe sejam mitigadores.

Na verdade, é mais do que isso, o *direito de propriedade* deve, necessariamente, ser interpretado e, sobremodo, aplicado, sob os contornos de sua *função social*, de forma que aquele mesmo direito só pode ser exercido se, e apenas se, prestar-se a ser conjugado com este último.

Ambos (o direito de propriedade e sua função social) passam, portanto, a integrar e compor, diga-se assim, duas faces de uma mesma moeda.

No particular, convém transcrever o enunciado do § 1º do art. 1.128 do CC/02, cuja letra é a seguinte:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em *consonância com as suas finalidades econômicas e sociais* e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas

naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Como se pode ver, o sentido das expressões destacadas deverá ser preenchido pelo juiz, responsável que é pela extração e aplicação da norma ao caso concreto.

Deveras, terá que empreender esforço cognitivo para que, neste mesmo caso concreto, individualizando a norma extraída do enunciado, portanto, preste-se a cunhar o sentido da *função social da propriedade*, na medida em que esta locução apresenta-se sob o formato de um conceito jurídico indeterminado.

Noutro passo e, ato contínuo, aquele mesmo juiz deverá manejar seus expedientes intelectuais, agora de maneira mais acentuada ainda, para estabelecer, ou melhor, para *eleger* o conseqüente (efeito jurídico) à vista do desatendimento ao comando (indeterminado ou vago) da *função social da propriedade* constante do antecedente fático do enunciado.

Em assim procedendo, criando o conseqüente, o juiz estará criando a norma (material) no caso concreto, individualizando-a, numa demonstração, portanto, de construção *a posteriori* do direito.

É bem de ver que, neste caso da cláusula geral da função social da propriedade (§ 1º do art. 1.128 do CC/02), a lacuna deixada (o conseqüente ou efeito jurídico), propositalmente, pelo legislador é expressiva, para não dizer total.

Sim. É que diferentemente do que sói acontecer noutras hipóteses de enunciados normativos que contêm uma cláusula geral, onde legislador chega a *eleger* alguns dos conseqüentes para possível adoção pelo aplicador, no caso do § 1º do art. 1.128 do CC/02, o efeito jurídico é bem mais largo.

Essa é outra razão por que, no presente trabalho, preferiu-se adjetivar o conseqüente (ou efeito jurídico) das cláusulas gerais de *não eleito*, e não, de *indeterminado*.

A uma porque qualificar o conseqüente como *indeterminado* poderia, nalguns momentos, promover certa confusão com o aspecto de *indeterminado* (aí sim!) das expressões que compõe os antecedentes fáticos destas espécies normativas.

A duas porque em casos como o do art. 1.228 do CC/02, mais do que uma indeterminação no conseqüente (ou efeito jurídico), este último simplesmente deixou de ser *eleito*. A palavra indeterminado poderia dar (e dá!) uma ideia (inadequada) de vagueza.

Ora, o conseqüente não é apenas vago, neste caso, ele decididamente não existe.

Diferente é o que ocorre, por exemplo, com o enunciado inserido § 4º do no mesmo artigo 1.228 do CC/02 que, a sua vez, carrega conceitos jurídicos indeterminados, entretanto, não se reveste sob a forma de uma cláusula geral, na medida em que o seu conseqüente foi previamente fixado (eleito) pelo legislador, como denota a sua dicção:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em *extensa área*, na *posse* ininterrupta e *de boa-fé*, por mais de cinco anos, *de considerável número de pessoas*, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, *obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*. [Grifos Acrescidos]

Com facilidade se vê que o antecedente fático do enunciado em exame é composto pelos conceitos jurídicos indeterminados: “*extensa área*”; “*posse de boa-fé*”; “*considerável número de pessoas*”; e “*obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*”.

Por outro lado, o seu conseqüente ou efeito jurídico restou antecipadamente fixado, eleito pelo legislador, exatamente porque uma vez preenchidos os sentidos daquelas locuções pelo juiz, o proprietário será *privado da coisa*, vale dizer, de sua propriedade, no que a doutrina convencionou chamar de *desapropriação judicial pela posse trabalho*⁷⁷

⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 635.

Em assim figurando o enunciado, estabeleceu-se ou elegeu-se o conseqüente jurídico antecipadamente, razão por que, quanto a este polo do eixo normativo, está-se diante da demonstração de uma construção *apriorística* do direito.

Outra espécie de cláusula geral material está prevista no art. 422 do Código Civil de 2002, chamada de cláusula geral da boa-fé. Logo no permissivo que a precede, o art. 421, apresenta-se firme e claro o propósito do legislador ao consignar a limitação à liberdade de contratar, num exemplo típico de uma cláusula geral restritiva.

Sucessivamente, eis o texto dos dois dispositivos:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Não é ocioso que seja lembrado, ainda que com muita brevidade, o que se disse em linhas transatas no sentido de que o *direito de propriedade*, bem como a larga *liberdade de contratar*, decerto, formaram dois⁷⁸ dos mais importantes pilares sobre os quais foi edificado o Código Civil de 1916.

Ao que tudo indica, assim, o art. 421 parece ter, de plano, inserido um elemento de restrição (cláusula geral do tipo restritiva) ou condicionamento para o exercício da *liberdade de contratar*, de maneira que esta faculdade só possa ser exercida, necessariamente, sob o pálio da *função social do contrato*, locução esta que traz em si, um conceito jurídico indeterminado.

Daí se conclui que a *autonomia pura* da vontade, diga-se assim, tão prestigiada no Código pretérito, de viés individualista, cede espaço para uma *autonomia vigiada*, de maneira que só poderá ser validamente exercida por meio das vestes da função social do contrato que, por sua vez, deverá fazer par ou estar imbuída dos propósitos constantes das normas-princípio da eticidade, socialidade e operabilidade.

Assim é que, tal qual afirmado alhures para dispositivos outros, neste caso do enunciado do art. 421 do CC/02, deverá o juiz, responsável pela extração e aplicação da norma no caso concreto, promover o preenchimento do sentido do

⁷⁸ Não se olvide, nesse sentido, do Direito de Família.

antecedente fático, ou seja, do que se deve ter por *função social do contrato* (conceito jurídico indeterminado), para, em seguida, estabelecer, eleger, ditar o seu conseqüente (efeito jurídico), numa evidência ou manifestação de sua função criativa.

De fato:

o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC 166 VI), porque a norma do CC 421 é de ordem pública (CC 2035 par. ún.); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização pela parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento da cláusula geral da função social do contrato.⁷⁹

De fato, as soluções acima ventiladas, a bem da verdade - *e é interessante que se faça essa consideração* - residem no próprio Código Civil atual, entretanto, d'outra banda, é absolutamente certo que o conseqüente (efeito jurídico) a ser eleito pelo juiz não deve estar, necessariamente, previsto nesse mesmo texto.

Quer-se dizer: a solução a ser implementada no caso concreto não se cinge, de forma alguma, às letras dos enunciados normativos contidos no Código Civil.

Esta solução pode ser extraída de outros textos, estando contida noutras regras ou princípios (espécies normativas) integrantes, assim, de sistemas ou subsistemas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico, ou, naturalmente, pode ser *importada*, por meio da adoção de valores, *standards*, diretrizes políticas, econômicas e sociais assistemáticas que, uma vez, admitidas passam a se tornar sistematizadas.

Quanto a este último particular, vela lembrar o que já foi dito no sentido de que as cláusulas gerais têm a serventia de funcionar como uma espécie de janela em favor da integração, ao ordenamento jurídico, daqueles mesmos valores, *standards* e diretrizes.

Aquilatando o propósito, o conteúdo, a extensão e a aplicabilidade desses valores não expressamente previstos, portanto, não só pode, como, sobretudo, deve o juiz deles fazer o uso para o fim de eleger o conseqüente (efeito jurídico) que, a sua avaliação (ponderação) possa melhor amoldar-se ao caso concreto.

⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 378-379.

O enunciado normativo do art. 422, que fora transcrito em seguida ao seu antecedente, igualmente contém uma cláusula geral em matéria de contratos. Desta vez, é a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Impõe-se aos sujeitos que tenham o propósito de contratar, tanto no momento de sua celebração quanto no curso de seu implemento, ou seja, de sua execução, que pautem suas condutas em observância aos princípios da *probidade e boa-fé*.

Desta forma, o sentido, o conteúdo semântico destas expressões, tal qual se disse relativamente aos enunciados transcritos anteriormente, deverão ser completados, porque *vagos*, pelo juiz diante do caso prático que tenha sob sua responsabilidade.

No mesmo passo, como tantas vezes visto, terá, ainda, a obrigação de estabelecer ou de fixar o conseqüente para o desatendimento ou não observância daqueles valores.

E mais uma vez, repita-se, terá que fazê-lo levando em conta os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.

Da conjuntura das considerações aqui esmiuçadas, neste sentido, pode-se concluir que será rechaçada, por exemplo, a conduta de um contraente que, *intencionalmente*, concorra, *com sua omissão ou desídia*, para o agravamento de seu próprio prejuízo, de maneira que, ao final, pretenda tirar algum proveito da mesma situação.

Isso, certamente, pode retratar ou representar ferida à norma-princípio boa-fé objetiva prevista no preceito do art. 422 do Código Civil brasileiro.

Exatamente porque os sujeitos que tomam parte numa avença, *v.g.*, têm a obrigação de velar por seus direitos (na conclusão e execução do contrato) e, assim, cuidar, no caso do aparecimento de problemas no curso do negócio, para que seus prejuízos ou perdas sejam os menores possíveis (*duty to mitigate the loss*).

Manejando, com contornos práticos, esse apontamento, o Superior Tribunal de Justiça produziu o seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.
5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).
6. Recurso improvido.⁸⁰

Como se pode ver, os enunciados normativos abertos, onde estão incluídas as chamadas cláusulas gerais materiais, têm a serventia de funcionar como uma espécie de *stent* para que possam ser liberados (aplicados) o fluxo dos princípios (das normas-princípio) da eticidade, socialidade e operabilidade que, a sua vez, como dito, estão alocados como fundamentos do Código Civil de 2002.

Não obstante os enunciados normativos casuísticos que existem no Código, os demais, portanto os que se revestem sob a forma de enunciados abertos, propiciam ao próprio sistema o seu arejamento, flexibilidade, mobilidade e

⁸⁰ REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010

durabilidade, de forma que acabam por colaborar com a função ou poder criativo do juiz que, na atualidade, é convidado a participar mais ativamente do processo de criação do direito.

3.4. CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Conforme asseverado há pouco, as cláusulas gerais tiveram o seu nascedouro no âmbito do Direito Civil, contudo, não parece surpreender o fato de estas espécies de enunciados normativos abertos, igualmente, terem sido semeadas, permita-se dizer assim, sob os fecundos campos dos textos legais processuais⁸¹.

E não poderia ser diferente, exatamente porque a realidade cultural legada pelas codificações oitocentistas, como se viu alhures, acabou por se metamorfosear, diga-se assim, de maneira que passou a não haver mais espaço para uma atuação lógica, matemática e mecânica da jurisdição no que se refere aos seus misteres interpretativos.

E isso, obviamente, não se cinge às normas de direito material.

Ademais, o individualismo cedeu espaço para uma sociedade que, agora, cuidou de prestigiar interesses transindividuais, de modo, inclusive, a lhes tutelar.

Passa a não ser mais possível o exercício de liberdades, conveniências e convenções particulares acima de interesses coletivos, de forma que os atos volitivos, sempre que necessário, poderão (e deverão!) ser integrados, ou desconsiderados, inclusive, eventualmente, a contra gosto de seus emissores, até por meio, quando for o caso, da importação de valores, de costumes, de *standards* compostos por arquétipos de comportamento, modelos de conduta, aceitos no âmbito de certas circunstâncias, enfim, provenientes de tráfegos jurídicos.

E isso, obviamente, não se cinge às normas de direito material.

A fadiga de um sistema que se pretendeu completo, perfeito e suficiente quanto à ilusão de acreditar que tudo poderia prover, prever e regular, por meio de hipóteses abstrata e aprioristicamente concebidas, coincide com mais um dos aspectos

⁸¹ “A jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão (cláusula geral da boa-fé) também ao direito processual civil e penal. De um modo geral a doutrina seguiu um mesmo caminho.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. 13 ed. Salvador: JusPodim, 2011. p. 68.

que acabaram por concorrer para causar uma imensa sede pela chegada de um modelo mais aberto, que permitisse, a sua vez, a incorporação, quando necessário, de elementos, como se disse acima, assistemáticos à realidade do exercício da jurisdição.

E isso, obviamente, não se cinge às normas de direito material.

Assim é que a cláusula geral tem encontrado guarida sobremodo confortável no âmbito do Direito Processual Civil.

E, desta forma, igualmente no âmbito do Direito Processual Civil, a cláusula geral pode ser concebida como sendo uma técnica legislativa através da qual se produz um enunciado normativo *aberto*, de maneira que, comumente⁸², o seu antecedente normativo seja composto por termos vagos, ou melhor, por conceitos jurídicos indeterminados, e o seu consequente não se apresente eleito ou fixado aprioristicamente pelo legislador.

Exatamente tendo em conta essa conceituação, tal como sói suceder com as cláusulas gerais materiais, também no caso das processuais, o direito a ser aplicado estará sendo construído *a posteriori e a partir do caso concreto*, e não como acontece nas hipóteses de enunciados normativos processuais fechados (ou casuísticos), que, a seu turno, contêm antecedentes precisos ou determinados, e consequentes eleitos ou fixados, caso em que o direito já foi concebido *apriorística e abstratamente* pelo legislador no desempenho de sua atividade.

No sistema processual brasileiro, notadamente no que se refere ao Código de Processo Civil, as cláusulas gerais apresentam-se dispostas de maneira absolutamente pulverizadas, diga-se desta forma.

Quer-se dizer: não há, no bojo do Código de Processo Civil brasileiro, qualquer espécie de sistematização dos enunciados normativos que contenham cláusulas gerais.

⁸² Convém lembrar que o uso deste advérbio se deve ao fato de que, no presente trabalho, admite-se como possível a existência de um enunciado normativo que contenha uma cláusula geral, mas que, ao mesmo tempo, não contemple um conceito jurídico indeterminado. Seria o caso, como já se destacou, de um enunciado que contivesse o seu antecedente composto por termos eminentemente precisos, certos e determinados, e o seu consequente não eleito, ou não fixado previamente pelo legislador. Caso em que ao juiz competiria formular este mesmo consequente, vale dizer, criar o consequente.

Elas estão, portanto, inteiramente sortidas ao longo deste mesmo sistema, de forma que parece restar evidenciado que a sua presença, sem embargo de sua enorme e destacada importância, não reflete um exercício concatenado ou planejado da atividade legislativa.

Com efeito, como é largamente sabido e propugnado, a feição atual do Código de Processo Civil é mais decorrente das muitas reformas que sofreu ao longo dos anos, do que, propriamente, das premissas ideológicas que inspiraram a sua formação original.

De fato, não há como negar que no âmbito do Código de Processo Civil brasileiro, “[...] *as cláusulas gerais mostram-se dispersas, sem qualquer ligação sistemática, produto de inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por ALFREDO BUZAID, sem preparar um outro para substituí-lo.*”⁸³

De modo que os enunciados normativos que refletem cláusulas gerais processuais, tem sido mais prestigiados⁸⁴, exatamente, no âmbito destes mesmos ventos reformadores, o que, logicamente, não deixa de ser louvável, pois, seja como for, concorre, igualmente, para modernização do sistema processual nacional.

A toda evidência, o momento presente, em que se debate e se edifica o projeto de um novo Código, mostra-se propício para que sejam melhor dispostas, ordenadas, enfim sistematizadas as cláusulas gerais processuais.

É importante que não se perca essa oportunidade.

É exatamente o que ocorre com o Código de Processo Civil português, que, a sua vez, parece ter sido melhor concebido neste particular, não sendo demais

⁸³ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 50-51.

⁸⁴ Sem embargo desta assertiva, não se está querendo sustentar a ideia que as cláusulas gerais processuais apareceram pela primeira vez no CPC por meio do exercício legislativo de reformas processuais. Há casos de preceitos legais que, hoje, são reconhecidos e propugnados como sendo cláusulas gerais processuais e que, no entanto, já residiam no código deste a sua edição originária. É a hipótese da cláusula geral do exercício da jurisdição voluntária contida no art. 1.109 do CPC. Não se quer afirmar, igualmente, que o legislador originário tinha plena consciência de que o dispositivo encerraria uma espécie de cláusula geral processual. É bem possível que sua edição (a do dispositivo), tal qual formalmente foi concebida, tenha se devido a propósitos outros que em nada tenha tido a ver com a ideia ou concepção de enunciados normativos mais abertos, criados com a finalidade de propiciar ao juiz a atuação sob uma perspectiva mais construtivista etc. Seja como for, isso não seria novidade quando comparado ao que se noticiou, no presente trabalho, sobre a realidade de fundo sobre a qual se inseriu (e depois se exercitou) o preceito do § 242 no *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, o código civil alemão.

lembrar, a propósito, que a cultura jurídica portuguesa sofreu importante influência do direito alemão, cuja larga teorização e aplicação de cláusulas gerais já foram objeto dos devidos realces em linhas passadas deste trabalho.

Quer-se dizer que o Código de Processo Civil português, a par de conter e contar com número acentuado de enunciados normativos que reflitam uma cláusula geral processual, não por acaso cuidou de atentar para que elas figurassem “*no início da codificação, como que compondo o prólogo indispensável à compreensão do direito processual português.*”⁸⁵

Assim é que já nos arts. 2º e 3º-A daquele Código, tal qual suscitado acima, em disposição que se assemelha a uma espécie de *primeiro ato* daquele texto, encontram-se cláusulas gerais processuais.

A do art. 2º refere-se à cláusula geral do acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada⁸⁶, ao passo que o art. 3º-A do mesmo texto, traz consigo a cláusula geral da igualdade das partes.

A propósito, eis a dicção dos dois preceitos lusitanos ora trazidos, sucessivamente, e com grifos acrescentados aos originais:

Art. 2º

1- A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, *em prazo razoável*, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, *bem como a possibilidade de a fazer executar.*

2 - A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os *procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção*”.

Art. 3º-A

O tribunal deve *assegurar*, ao longo de todo o processo, um *estatuto de igualdade substancial das partes*, designadamente no exercício de faculdades, *no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.*

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 50.

⁸⁶ Idem. *Ibidem*, p. 49-50.

Preceito interessante, e sobretudo ilustrativo, que igualmente integra o Código de Processo Civil português, é o contido no Art. 265º-A, que a seu turno abriga a chamada cláusula geral da adequação formal, cuja letra, igualmente com grifos acrescentados aos originais, é a seguinte:

Art. 265º-A

Quando a tramitação processual prevista na lei *não se adequar às especificidades da causa*, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a *prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações*.

A par dos termos vagos ou indeterminados contidos no antecedente fático do enunciado, com facilidade, infere-se que o conseqüente terá de ser fixado ou eleito pelo juiz, na medida em que será responsável por estabelecer, vale dizer, por criar, o conseqüente condizente em impor às partes a prática de atos que melhor se amoldem ao propósito do processo.

Não obstante o natural e compreensível entusiasmo dos que têm se prestado a estudar as fortes modificações pelas quais tem passado a cultura jurídica nas últimas décadas, bem como os delineamentos das chamadas cláusulas gerais, é bem de ver, por outro lado, que assiste razão às advertências feitas no sentido de que essas espécies de enunciado normativo aberto (e certamente também as que se referem a conceitos jurídicos indeterminados), ao mesmo tempo em que podem funcionar como um instrumento revolucionário, podem, d'outra banda, servir de ferramenta para fins espúrios, mormente, por exemplo, em ocasiões de regimes mais distanciados do estado de direito.

Este problema fica muito mais acentuado quando se tem em conta que estas espécies de enunciados normativos são (e serão) manejadas no contexto de uma realidade brasileira que ainda é, lamentavelmente, sobretudo *palaciana*.

O contra ponto (um dos!) a esta realidade perigosa parece estar contido no modelo de processo *cooperativo* que, de certo, poderá concorrer para a redução dos riscos da arbitrariedade na concretização das cláusulas gerais.

Realmente, os *deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio*, adiante melhor esmiuçados, concorrem para que o processo se desenvolva através de um contexto *dialético*, por meio de uma ampla participação das partes que nele figuram e do correspondente órgão judicial.

Com efeito, é de todo verdadeiro que, por um lado, aquelas espécies de enunciados normativos abertos têm manifestas e importantíssimas qualidades, mas, não se pode prescindir da advertência segundo a qual as:

cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica. '[...] o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a de seu ofício.' Esses problemas ainda podem ganhar maior vulto em tempos de efervescência social, guerras ou crise econômica. Há o perigo quase que inevitável de fuga para as cláusulas gerais (*Die Flucht in die Generalklauseln*), conforme célebre expressão de HEDMANN.⁸⁷

De tudo isso se conclui que, como toda e qualquer manifestação proveniente da natureza humana, que se presta, de início, a ser benéfica, semeando e colhendo frutos positivos, sempre há a possibilidade (e é assim que sempre acontece) de este mesmo objeto da manifestação humana vir a corromper-se.

O ordenamento jurídico, onde está inserido o sistema processual, a toda evidência, não é imune a essa realidade.

Assim é que será, *eternamente*, importante que os teorizadores e aplicadores de enunciados normativos que tragam em seu bojo a expressão de uma cláusula geral (material ou processual), sejam constituídos na condição de seus vigias, por meio de uma outorga conferida pela imaterial (mas nem por isso menos importante) harmonia do ordenamento jurídico, devendo cuidar para que esta verdadeira *janela*, constituída na forma de um preceito legal, seja empregada da melhor maneira possível.

É necessário, repita-se, que a aplicação das cláusulas gerais seja feita sob o pálio de um modelo *cooperativo* de processo.

Feitos estes apontamentos parece ser importante que se colham, do Código de Processo Civil brasileiro, exemplos de cláusulas gerais processuais, de modo a ilustrar o que vem sendo dito.

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 48.

Antes, porém, interessa ressaltar que, como ponto comum aos enunciados que contêm cláusulas gerais processuais, é possível identificar que, de ordinário, acabaram por romper, diga-se assim, as amarras lançadas pela tipicidade estrita, realidade essa que é própria a sistemas jurídicos fechados

Certamente uma das mais relevantes cláusulas gerais – *que, por acaso, não reside no CPC, mas, mesmo assim, traz consigo, obviamente, os seus matizes processuais* – está inserida no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988.

É um direito fundamental apresentado sob o formato de uma cláusula geral processual. A cláusula geral do devido processo legal⁸⁸, cuja dicção, a quem nunca é demais se socorrer, é a seguinte:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Excetuando-se a necessidade que terá um julgador, diante de um caso concreto, de revisitado a compreensão ou o sentido do que venha a ser um *devido processo legal*⁸⁹ (conceito jurídico indeterminado), terá, quando se fizer necessário, vale dizer, quando o preceito não for observado, certamente, de estabelecer um consequente ou um efeito jurídico para que, desta maneira, o mesmo caso venha a ser solvido.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que o legislador cuide de criar uma figura processual, através de um preceito normativo qualquer, e que, ao mesmo tempo, deixe de estabelecer, no corpo deste mesmo preceito, a chance do contraditório para uma das partes no processo.

Neste cenário, o magistrado não só poderá, mas, sobretudo, deverá, no caso concreto, extraindo da cláusula geral inscrita no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, *criar* a oportunidade para que a parte se pronuncie, estabelecendo ainda, condições para isso.

⁸⁸ “A locução ‘devido processo legal’ corresponde à tradução para o português da expressão inglesa ‘Due process of law’. Law, porém, significa Direito, e não lei (‘statute law’). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. ‘Legal’, então, é adjetivo que remete a Direito e não a Lei.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. 13 ed. Salvador: JusPodim, 2011. p. 45)

⁸⁹ A toda evidência, o conceito ou a concepção do que vem a ser devido processo legal é dotado de *mobilidade*. Esse mesmo enunciado, grafado exatamente desta forma, no âmbito de um regime mais distanciado da democracia terá um sentido diferente, por exemplo, quando comparado com o momento presente brasileiro.

E assim, dentro destas mesmas condições, deve cuidar para que sejam fixados o modo, a forma e o tempo para a prática do ato, exatamente, porque a cláusula geral do devido processo legal impõe a observância de um *conteúdo mínimo* do contraditório, tal como se infere do exame do seguinte julgado oriundo do Supremo tribunal Federal, cujos grifos não constam do original:

EMENTA: I. Intimação: omissão, nas intimações para julgamento de ação rescisória, dos nomes dos patronos domiciliados na sede do Tribunal a quo, para os quais os poderes foram substabelecidos por advogados residentes em outro Estado: invalidade do julgamento. II. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: *conteúdo mínimo*. A garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) tem, por si só, um *conteúdo mínimo*, que a inteligência da lei não pode desconhecer: nele se inclui o da intimação válida para os atos relevantes do processo. (RE 431121, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/09/2004, DJ 28-10-2004 PP-00041 EMENT VOL-02170-04 PP-00748)

E terá de assim o fazer, porque o magistrado deve interpretar os enunciados e aplicar as normas ao processo conforme a Constituição Federal. Em outras palavras, deverá, na hipótese em exame, interpretar os enunciados normativos processuais à luz da cláusula geral do devido processo legal.

Outra cláusula geral de muito relevo é a contida no art. 798 do CPC, que abriga o poder geral de cautela, assim grafado, sem destaques no original:

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* [grifos acrescidos]

No preceito em apreço os antecedentes fáticos apresentam-se, como é intuitivo, sob o signo da vagueza e indeterminação, razão porque caberá ao juiz preencher o conteúdo ou sentido das expressões “*fundado receio*” e “*lesão grave e de difícil reparação*”.

Por outro lado, deverá fixar, estabelecer, portanto, *criar* o conseqüente normativo (ou efeito jurídico), de maneira a eleger a *medida provisória adequada* que atenda ao caso concreto que tem sob os seus auspícios.

O art. 620 do CPC que, a sua vez, carrega consigo o princípio (a norma-princípio) da menor onerosidade, é apresentado, igualmente, sob o manto de uma cláusula geral.

Trata-se da cláusula geral do abuso do direito do exequente que, com exceção dos grifos aqui acrescentados, desta maneira está escrita:

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça *pele modo menos gravoso para o devedor*.

É bem de ver que há, à evidência, uma larga margem de fixação, pelo juiz, do correspondente consequente normativo (ou efeito jurídico), de forma que será o juiz o responsável pela fixação do modo que se mostre menos gravoso para o devedor.

Já o § 2º do art. 687 do CPC contém a cláusula geral da publicidade do edital da hasta pública e está assim gravado:

[...]

§ 2º. Atendendo ao *valor dos bens e às condições da comarca*, o juiz poderá *alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa*, mandar divulgar avisos em emissora local e *adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação*, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação.

Imagine-se uma hipótese que bem longe de querer parecer jocosa, pode perfeitamente, ser aplicável a muitos dos rincões do território brasileiro.

Assim, considere-se que numa determinada comarca, localizada num destes recônditos dos sertões, seja de conhecimento do juiz que a melhor forma de se comunicar com a população, de modo que assim seja alcançado o maior número de pessoas, seja o serviço *privado* de um tradicional verdureiro que, munido de um simples par de alto falantes, e uma carroça puxada por animal, percorra, diariamente, quase toda a pequena cidade.

Nesta hipótese, após preencher o conteúdo das expressões vagas alocadas no antecedente fático, poderá, perfeitamente, o juiz adotar tal providência que, na prática, atenderia à mais ampla divulgação possível quanto à alienação pretendida.

Será, exatamente, uma manifestação do poder criativo do juiz propiciada em razão da adoção da cláusula geral plasmada no enunciado do §2º do art. 687 do CPC.

É exemplo de cláusula geral, igualmente, o preceito legal contido no art. 1.109 do CPC. É a cláusula geral da adequação do processo e da decisão no âmbito da jurisdição voluntária. Eis a sua letra:

Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; *não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.* [grifos acrescentados]

A abertura neste caso, de fato, é sobremodo acentuada, exatamente na medida em que, dispensando-o de se pautar pelo critério da legalidade estrita, o legislador acaba por franquear ao juiz a possibilidade de que adote, a título de consequente (ou efeito jurídico), para cada caso, a solução que (ele juiz) reputar mais conveniente ou oportuna.

Mais uma cláusula geral que transparece bem interessante, é a refletida no art. 14, II do CPC, chamada de cláusula geral da boa fé processual, que, sem grifos nos originais, é assim composta:

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

[...]

II - proceder com *lealdade e boa-fé*;

Preenchido pelo magistrado, diante do caso em concreto, o sentido e o conteúdo das expressões aludidas pelo inciso II supra transcrito, deverá o mesmo juiz estabelecer o correlato efeito jurídico, tendo em conta a não observância daquele mesmo antecedente.

Sem dificuldades pode-se concluir que é uma clara manifestação do poder criativo do juiz, exatamente porque essa faculdade foi-lhe conferida através de um preceito legal que contém, ou melhor, que está revestido sob a forma de uma cláusula geral processual.

De tudo o quanto se apresentou até aqui, parece ser possível concluir que, tal qual fora dito quanto às cláusulas gerais materiais, também no que tange às processuais, a par dos enunciados normativos casuísticos que se encontram no Código de Processo Civil brasileiro, é bem de ver que os preceitos normativos ditos abertos,

imprimem ao sistema processual, maior flexibilidade, mobilidade, arejamento e durabilidade.

Desta forma é que acabam por conspirar em favor e em benefício do poder criativo do juiz que, cada vez mais, é convocado a participar do processo mediante uma perspectiva construtivista do direito.

3.5. A COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA COMO CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL.

Tradicionalmente, a estrutura de organização (instauração, desenvolvimento e conclusão) do processo obedece ao modelo *dispositivo* (também chamado de *adversarial*) ou opera sob o formato denominado *inquisitorial*⁹⁰.

Na primeira hipótese (forma *dispositiva* ou *adversarial*), há, de maneira *mais acentuada*⁹¹ a concorrência (maior participação) das partes relativamente à marcha processual, ao passo que no segundo caso (modelo *inquisitorial*) é o magistrado, por sua vez, quem desponta como protagonista (tem maior participação) na condução do mesmo processo onde as partes figuram, d'outra banda, como coadjuvantes.

É relevante que se diga, a bem da verdade, que não parece ser possível a existência de um modelo de processo inteiramente *dispositivo* (ou *adversarial*) ou completamente *inquisitorial*.

É possível, desta maneira, que se identifique a *predominância* ou a *manifestação* de um ou de outro modelo no que se refere a uma ou outra determinada fase ou contexto processual.

⁹⁰ O processo civil brasileiro, a bem da verdade, traz consigo marcas dos dois modelos, na medida em que há fases, ou momentos, no curso do processo, que têm feição nitidamente *inquisitorial*, com prevalência, portanto, da vontade do órgão jurisdicional na condução da demanda. É o caso, por exemplo, da produção da prova a que alude o art. 130 do CPC, que poderá ficar ao à prudente ponderação judicial. Noutras hipóteses, como é o caso da própria “inauguração” do processo, evidencia-se a vontade da parte, como decorrência da marca, então, do modelo *adversarial* ou *dispositivo*, tal qual se pode inferir do art. 262 daquele mesmo diploma.

⁹¹ No particular, não é demais ressaltar que a tônica, a toda evidência, é de que os modelos em referência não mostram excludentes. A bem da verdade, ambos apresentam-se em formato de *predominância*, caso em que um, ou outro, respectivamente, no que se refere a determinado sistema jurídico, tenha sido contemplado com maior realce pelo legislador.

No cenário do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, no que se refere à fase de produção de provas⁹², costuma-se lhe creditar a *manifestação* de um modelo *inquisitorial*.

Ainda no âmbito do CPC, pode-se identificar, por outro lado, no que toca à instauração⁹³ do processo, *predominantemente*, a marca do modelo *dispositivo* (ou adversarial), na medida em que, de regra⁹⁴, cabe à parte a iniciativa para que se dê a gênese processual.

Seja como for, a par desses dois tradicionais modelos tem-se difundido no Brasil, mais recentemente⁹⁵, como decorrência dos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório, a aplicação do chamado *princípio da cooperação processual*⁹⁶.

Neste que, igualmente, reveste-se como um *modelo* de processo, a sua condução:

[...] deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.⁹⁷

Realmente:

⁹² No particular, assim está escrito o art. 130 do CPC: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”

⁹³ A propósito, eis a dicção, sucessivamente, dos enunciados normativos contidos nos arts. 2º e 262, ambos do CPC: “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” “ Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

⁹⁴ Há, como largamente se sabe, a possibilidade de instauração oficiosa do processo de inventário, caso em que, há a manifestação do modelo inquisitorial, tal como se infere do exame do art. 989 do CPC, assim grafado: “Art. 989. O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.”

⁹⁵ Faz-se, aqui, alusão à locução *mais recentemente*, justamente, por que no Brasil, diferentemente do que acontece na Alemanha - *de onde o princípio se origina* - ou em Portugal, cujo correlato Código de Processo Civil é solo fértil para o referido princípio, a cooperação ainda é uma realidade *sob construção*. Isso quer seja em razão de não figurar expressamente no CPC vigente (de onde, ainda assim, extraem-se enunciados normativos que exemplificam a figura da cooperação), quer seja em razão de a ideia de normas-princípios, como espécies de enunciados normativos, igualmente, aparecer como pensamento em regime de sedimentação. Sim, por que, a partir desta última premissa (força normativa dos princípios), parece ser de toda adequada a aplicação da cooperação como decorrência da cláusula do devido processo legal, de onde resultam os princípios do contraditório, ampla defesa, duração razoável dos processos, dentre outros.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. 13 ed. Salvador: JusPodim, 2011, p. 80.

⁹⁷ Idem. *Ibidem*, p. 84.

tem sido uma preocupação constante dos processualistas modernos, além da entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, que os procedimentos tenham um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca da verdade real⁹⁸, devendo ter este uma participação ativa no processo.⁹⁹

A ideia da cooperação intersubjetiva¹⁰⁰ parece afastar, portanto, de uma vez por todas, a da figura do juiz, ou melhor, a do exercício da jurisdição dotada com a característica da *neutralidade*, assim entendida como uma postura quase estática, por meio da qual aquele mesmo juiz presta-se mais a observar o *digladiar* das partes.

Com efeito, à luz da cooperação intersubjetiva, o juiz deve adotar conduta participativa no processo, e jamais figurar como um mero espectador da contenda que supostamente apenas diria respeito a autor e réu.

O juiz, naturalmente, não deve ter interesse na vitória daquele primeiro ou deste último, mas, decerto, deve velar pela condução de um processo *dialético*, de modo que interaja, verdadeiramente, com ambos, conferindo-lhe, nesse contexto, paridade de armas.

A neutralidade, a bem da verdade, insere o processo numa realidade *draconiana*, justamente por que premia quem tem acesso aos serviços da advocacia mais abastada sob o aspecto técnico e financeiro.

Realmente:

⁹⁸ Será que há uma verdade real a ser alcançada? Será que é possível falar-se em verdade real quando se tem em consideração uma ciência que traz consigo, como objeto, o comportamento humano? Comportamento este dotado de uma complexidade e variabilidade que parecem não poder ser medidas ou pesadas? Será mesmo que a decisão judicial pode chegar a um resultado a que se repute *certo*? Há decisão certa? Parece mais acertado que a decisão a que o juiz pode chegar, levando-se em conta o imenso plexo de incontáveis alamedas existentes no espírito humano é, talvez, a decisão que mais se aproxime do *certo*. Talvez a decisão que mais chegue perto de uma *verdade*. (BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16-17)

⁹⁹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Leituras Complementares de processo Civil. Fredie Didier Júnior. (Org.). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 369.

¹⁰⁰ No particular, vale o acolhimento da lição segundo a qual “*cooperação intersubjetiva em direito processual significa trabalho em comum, em conjunto, de magistrados, mandatários judiciais e partes, visando a obtenção, com brevidade e eficácia, já justa composição do litígio. Elevada à categoria de princípio, a cooperação intersubjetiva deverá orientar não só a atividade do intérprete-aplicador do direito, mas a de todos os sujeitos processuais, posto que como tal interferirá inclusive na interpretação dos demais dispositivos legais contidos na legislação processual civil, já que não há nos dia atuais quem advogue a uma interpretação-aplicação que não respeite o sistema em sua integralidade. Diante da situação concreta, todo o sistema é levado a depor e agora esse sistema jurídico-processual é regido e orientado, dentre outros princípios e em harmonia com os mesmos, pelo princípio da cooperação.*” (GOUVEA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de processo. RT, 2009, n. 172. p. 35)

a chamada neutralidade do juiz, no sentido da não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas.¹⁰¹

Seja como for, o fato é que o propósito, no modelo pautado no princípio da cooperação processual, está ligado à ideia de que os sujeitos envolvidos na condução do processo devam concorrer paritariamente e colaborativamente ao cumprimento de sua marcha, de maneira que não sobressaia neste mesmo cenário processual um sujeito mais do que o outro.

Assim é que todos os envolvidos devem obediência a determinadas condutas que, justamente, retiram seu substrato de validade dos já referidos princípios da boa-fé e do contraditório, ambos, decorrentes e inseridos no princípio do devido processo legal.

Há, portanto, a marcha processual, que obedecer a uma espécie de *simetria* entre os seus atores, vale dizer, entre os que tomem assento no processo. De forma que todos os seus partícipes concorram igualmente (em suma: cooperem) para que o feito se desenvolva de maneira profícua e leal, com o fito de que, ao final, no ato sentencial, a prestação jurisdicional seja entregue de forma mais proveitosa possível aos seus destinatários.

Naturalmente, por outro lado e, justamente, no momento em que vier a ser proferida a decisão *judicial*, quanto à disputa travada entre as partes, estas não poderão concorrer com suas *vontades* na prática do ato, justamente porque se trata, repita-se, de uma decisão *judicial*, de um ato de poder, exclusivo, portanto, da correlata autoridade responsável.

Tal é a razão por que o órgão jurisdicional apresenta, quanto a este ponto, uma posição *assimétrica*, por assim dizer.

Com efeito, no curso ou marcha do processo, o juiz deve velar pela paridade e diálogo processual relativamente aos sujeitos que naquele tomam parte. Já no

¹⁰¹ Idem. *Ibidem*.

que se refere à ocasião da prolação de sua decisão, ele deve ostentar uma posição assimétrica¹⁰².

Assim, a decisão judicial é marcada, como já dito, por *matiz assimétrico*, mas, por outro lado, é decorrente de um processo desenvolvido sob o signo do princípio da cooperação, caracterizado pela concorrência das *vontades* dos *sujeitos* que, dialeticamente, tomam parte naquele mesmo processo: o autor, o réu e o juiz.

De fato:

não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional.¹⁰³

Em sequência às considerações feitas até agora, importa asseverar que é costume, na esteira da doutrina portuguesa¹⁰⁴, apontar como espécies do gênero cooperação, os seguintes deveres (ou poderes/deveres) aos órgãos jurisdicionais¹⁰⁵: *esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio*¹⁰⁶.

O dever de *esclarecimento*¹⁰⁷ está ligado à ideia de que o órgão jurisdicional tem a obrigação de tornar, para si, clarificadas as dúvidas que tem relativamente às *alegações e pedidos* que foram trazidos aos autos pelas partes.

O dever em referência, na verdade, apresenta-se como sendo de natureza recíproca e circular, na medida em que o órgão jurisdicional tem o dever de obter, junto às partes o dito *esclarecimento*, bem como as partes também o têm de prestá-los e,

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 101-103.

¹⁰³ Idem. *Ibidem*.

¹⁰⁴ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex. 1997, p. 65-67.

¹⁰⁵ A bem da verdade, em certos caso, ou seja, em certas espécies de cooperação, o dever é dotado de reciprocidade (do órgão jurisdicional para a parte e desta última para aquele). É o caso, v.g., do dever de esclarecimento.

¹⁰⁶ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil*: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Leituras Complementares de processo Civil. Fredie Didier Júnior. (Org.). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 372.

¹⁰⁷ A guisa de exemplo, no que se refere à lei de ritos brasileira, pode-se tomar por empréstimo “*a oitiva das partes pelo juiz, para que forneçam esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito, segundo o disposto nos arts. 340, I, e 342 do CPC brasileiro.*” (GOUVEA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de processo. RT, 2009, n. 172, p. 33)

ainda, qualquer das partes têm o dever (e poder) de requerer que aquele órgão imponha-o (o dever de esclarecimento) à parte adversa.

Exatamente porque o pronunciamento jurisdicional não pode deixar de ser precedido de um cenário desanuviado, por assim falar, em relação aos antes mencionados pedidos e alegações. Um cenário nebuloso, torpe, dotado de incertezas fáticas ou processuais, ou informações insuficientes, conduz o ápice do processo (ato sentencial), igualmente, a um resultado bisonho.

Já no que se refere ao dever de *consulta*, o órgão jurisdicional deverá promover oitiva das partes antes de emitir pronunciamento acerca de tema ou fundamento que não tenha sido objeto de *debate* processual, quer seja no que se refere à matéria de ordem fática ou no que tange à matéria de direito.

E isso, por exemplo, porque há de haver casos em que o tribunal “*enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo fato relevante para a decisão da causa.*”¹⁰⁸”

Lúcio Grassi de Gouvea, para a hipótese em apreço, toma por empréstimo a dicção do art. 3º, nº 3, do CPC português, nos termos do qual exceto na hipótese “*de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de fato, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela*”.

Segue o professor asseverando que “*Assim, evitam-se as ‘decisões surpresa’, isto é, as decisões proferidas sobre a matéria de conhecimento sem sua prévia discussão pelas partes.*”¹⁰⁹”

No que se refere à aplicabilidade, no direito brasileiro, da mencionada prática (cooperação na modalidade dever de *consulta* às partes), o referido autor aduz que “*por ausência de previsão legal expressa, não estão proibidas as decisões-surpresa*

¹⁰⁸ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Leituras Complementares de processo Civil.* Fredie Didier Júnior. (Org.). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 374.

¹⁰⁹ Idem. *Ibidem*, p. 375.

*nos moldes português e alemão, quando se tratar de matéria de apreciação oficiosa pelo juiz ou tribunal.*¹¹⁰»

Na verdade, diferentemente deste raciocínio, ao que tudo indica, parece que é dever, sim, no âmbito do direito brasileiro, do órgão jurisdicional, facultar às partes, por meio do mecanismo da *consulta*, a possibilidade de se manifestarem sobre fundamento ou tema, ainda não debatido, e que irá compor o futuro pronunciamento jurisdicional.

É que se infere que o óbice apontado pelo autor residiria na ausência de “*previsão legal expressa*”. Tudo indica, portanto, que se quis dizer, quanto a esta locução, que não existe, para este caso, uma norma-regra específica no ordenamento nacional.

E isso é verdade. Por outro lado, em que pese a inexistência presentemente propugnada, há normas-princípio que impõem, sim, a prática pelo órgão jurisdicional da *consulta* às partes na hipótese vertente.

Trata-se das normas-princípio do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório. Com efeito, como já se viu, dos *enunciados*, *dispositivos* ou *textos normativos* o julgador, exercitando seu mister, promove a extração da *norma jurídica* que terá a serventia de atender ao caso concreto. *Norma* esta que se reveste sob a forma de um *princípio*¹¹¹ ou de uma *regra*.

No particular, nunca é ocioso lançar os olhos sobre o enunciado normativo contido no art. 5º, LIV da CF/88, para quem “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Deste enunciado normativo extrai-se norma-princípio, segundo a qual, tendo que percorrer, necessariamente, a senda do devido processo legal, o processo (e o responsável por sua “*presidência*”) terá que manejar, conforme o caso, a ferramenta do

¹¹⁰ Idem. *Ibidem*, p. 380.

¹¹¹ Não é demais acentuar que um princípio poderá ser concretizado *diretamente* ou de forma *indireta*. Na primeira hipótese será concretizado sem a necessidade de pontes ou intermediários (sem a necessidade de outros princípios ou de regras). No segundo caso o princípio irá ser concretizado através ou por meio de outro princípio (um sub-princípio) ou de uma regra, agindo, portanto, de maneira integrativa. Nesta derradeira hipótese, assim, possuem uma eficácia indireta. Realmente, “*A eficácia direta traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra. [...] A eficácia indireta traduz-se na atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010, p. 97-98)

dever de *consulta*, justamente porque a decisão que trazer consigo fundamento surpresa não se coaduna com a cláusula do *due process of law*.

Vale dizer: a decisão que contiver fundamento surpresa (que não tenha sido objeto de *consulta* prévia às partes) terá atropelado o princípio da cooperação intersubjetiva.

Realmente, o princípio da cooperação já é dotado de uma firme carga eficaz normativa, na medida em que decorre, como visto, do princípio do devido processo legal¹¹².

¹¹² Esmiuçando o assunto assevera Fredie Didier Jr. que “Após o exame do pensamento da doutrina portuguesa sobre o princípio da cooperação, pode-se chegar à conclusão de que prevalece o entendimento de que a eficácia desse princípio depende de concretização legislativa. O princípio da cooperação, para os juristas portugueses, não tem aplicação direta. Não seria, então, uma norma jurídica. Não se adere a esse posicionamento. Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido: no caso, o processo cooperativo, dialógico, leal. Se essa espécie normativa visa a um determinado ‘estado de coisas’, e esse fim somente pode ser alcançado com determinados comportamentos, ‘esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza’. Enfim, ainda com base no pensamento de HUMBERTO ÁVILA: ‘os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários’. O princípio pode atuar sobre outras normas de forma direta ou indireta. A eficácia direta de um princípio ‘traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra’. Nesse plano, os princípios exercem uma função integrativa: permite-se agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. A despeito da ausência de previsão normativa expressa de um comportamento necessário à obtenção do estado de coisas almejado, o princípio irá garanti-lo. [...] A doutrina portuguesa entende que o princípio da cooperação atua apenas mediante regras legais, em que se definam expressamente as posições jurídicas dos sujeitos processuais. Não parece correto esse entendimento. A transformação do processo em uma ‘comunidade de trabalho’, estado de coisas que o princípio da cooperação busca promover, é fim que se deve buscar inclusive por meios atípicos, desde que conformes ao sistema jurídico. A existência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual venire contra factum proprium do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo). O exemplo citado por HUMBERTO ÁVILA é bem interessante. Imagine que se crie um procedimento sem a previsão para que uma parte se manifeste sobre as alegações da outra. Não há regra expressa que, no caso, concretize o princípio do devido processo legal, que, porém, garantirá diretamente o direito de defesa. O raciocínio deve aplicar-se ao princípio da cooperação. A ausência de regra legal não é obstáculo à sua eficácia. Regras podem delimitar o princípio da cooperação. A sua existência não impede, porém, que se vá além delas, preenchendo (integrando) os vazios normativos, sempre que se constatar que a inexistência de regramento expresso é um obstáculo à realização do ‘estado de coisas’ almejado. A eficácia do princípio da cooperação não depende de intermediação por outras regras jurídicas, espalhadas tipicamente na legislação. O princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. Donde se conclui que é possível cogitar de situações jurídicas processuais atípicas decorrentes da eficácia direta com função integrativa do princípio da cooperação.” (DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 33-36.)

O dito princípio da cooperação serve, portanto, de substrato de validade para a obrigação de se adotar determinados comportamentos processuais, razão porque, faz-se necessária, na hipótese em comento, que, de fato, promova-se a oitiva das partes antes de pronunciamento judicial sob tema a respeito do qual não haviam se manifestado.

Nos dizeres, com grifos acrescentados ao original, de Dierle José Coelho Nunes:

A decisão não pode ser mais vista como expressão da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade *na tomada de consideração dos aspectos relevantes suscitados por todos os participantes*, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas. Ademias, deve-se afastar a ideia de que a concepção pública do processo se dá tão somente pela participação dos juízes.¹¹³

Sem embargo dos apontamentos feitos até agora, parece que o dever de *consulta* mereceu prestígio no âmbito da atual redação do Projeto do NCPC (PLS nº 166/2010), na medida em que se infere do exame de seu art. 9º que “*não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.*”

É o que também parece ser possível extrair do enunciado contido no art. 10^{o114} para quem “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.*”

Quanto ao dever de *prevenção*, está o órgão jurisdicional obrigado a prevenir as partes no tocante às deficiências contidas em seus apontamentos relativos a fundamentações e pedidos.

¹¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 238-239.

¹¹⁴ O parágrafo único do referido texto normativo faz ressalva relativa às questões de urgência da seguinte maneira: “*Parágrafo único*. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.” A ressalva abrange, também, o art. 307 do Projeto do NCPC, que, a sua vez, refere-se a pedidos que se fundamentem em matéria exclusivamente de direito, desde que observadas determinadas hipóteses contidas no mesmo enunciado.

A palavra parece, então, ter o sentido de advertir, noticiar, avisar, enfim, dar ciência às partes que deduziram em suas peças, fundamentos ou pedidos que não conduzirão o processo a um resultado adequado, que não produzirão uma futura prestação jurisdicional dotada de alguma serventia.

É o caso, por exemplo, do dever que tem o órgão jurisdicional em intimar a parte, que tiver incorrido em alguma falha quanto aos requisitos da petição inicial, para que a emende¹¹⁵.

Por fim, como derradeira espécie do gênero cooperação processual, tem-se o chamado dever de *auxílio*. Este se refere à obrigação que tem o órgão jurisdicional em servir de suporte, esteio, enfim, de apoio às partes quanto a fatos que impliquem *dificuldade* ou *estorvo* ao exercício de seus direitos, ou, ainda, nas oportunidades em que tenham que cumprir um ônus ou atender a um dever processual que lhe compete.

Para tanto, o órgão deve atuar de maneira a *auxiliar* a parte no sentido de afastar ou remover o empecilho que se lhe atravessou *o caminho*, sob pena de não ser possível o exercício de seu direito ou a prática do seu dever processual.

Como anotou Lúcio Grassi de Gouvea, deverá o juiz *remover* o obstáculo “*sempre que uma das partes alegue justificadamente dificuldade séria de obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou cumprimento de um ônus ou dever processual.*”¹¹⁶

Se assim não proceder o órgão judicial, em dever de *auxílio* à parte, esta última, deixando de exercitar um direito ou cumprir um ônus que lhe diz respeito, em razão da séria dificuldade na obtenção de um documento ou informação, poderá, em última análise, deixar de obter um provimento jurisdicional à conta, justamente, do referido empecilho.

Pode se perceber, desde logo, que não há que se confundir os deveres de *prevenção* e *auxílio*, na medida em que aquele primeiro está ligado à obrigação de o

¹¹⁵ A contrario sensu, “*não concede porém o CPC brasileiro oportunidade específica para que a parte ré emende, corrija ou complete a contestação.*” (GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Leituras Complementares de processo Civil.* Fredie Didier Júnior. (Org.). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 374.)

¹¹⁶ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Leituras Complementares de processo Civil.* Fredie Didier Júnior. (Org.). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 380.

órgão judicial alertar, avisar, enfim, prevenir às partes acerca de *deficiências* ou *insuficiências* quanto às suas *fundamentações e pedidos*, ao passo que este último, como se viu, refere-se à obrigação de o mesmo órgão *afastar* ou *remover obstáculos* para a obtenção *documentos* ou *informações* que possam impedir o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever ou ônus processual.

No tange ao Código de Processo Civil brasileiro, é possível extrair o dever de auxílio do enunciado normativo do art. 355 para quem “*O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.*”

Na lei nº 12.016/09, responsável pela disciplina do mandado de segurança individual e coletivo, igualmente, parece ser possível extrair-se o dever de auxílio do enunciado normativo contido no §1º do art. 6º, cuja letra, sem grifos no original, aduz o seguinte:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o *documento necessário à prova do alegado* se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, *o juiz ordenará*, preliminarmente, por ofício, *a exibição desse documento* em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Seja como for, através de quaisquer de suas manifestações ou espécies, é importante deixar assente que o princípio da cooperação impõe aos sujeitos que ostentam a condição de partícipes no processo a obediência a certos deveres.

Torna, portanto, “*devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.*”¹¹⁷”

Sendo assim, quais seriam, então, esses *comportamentos necessários* à obtenção de um processo cooperativo e leal? Haveria um rol contido nalgum enunciado normativo?

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. 13 ed. Salvador: JusPodim, 2011, p. 84.

Tudo está a indicar, na verdade, que o juiz pode (e deve!) criar, impor ou estabelecer condutas, por vezes não expressas em qualquer enunciado normativo, para o fim, exatamente, de prestigiar o desenvolvimento de um processo marcado pela dialética cooperativa. Em última análise, para preservar e velar pela obediência ao devido processo legal.

Para isso, é necessário que se conjuguem as seguintes premissas: a) a de que o princípio da cooperação ostenta a forma de uma cláusula geral processual, pois figura como um subprincípio do devido processo legal e; b) a de que a cláusula geral pode ensejar a aplicação de uma norma-princípio.

Fazendo o cotejo deste mapa ora traçado e, levando em consideração a Constituição da República Portuguesa, bem como o seu CPC, Fredie Didier Jr. argumenta que:

O art. 266, 1 CPC português, é um outro exemplo de cláusula geral. É preciso perceber isso [...]. É preciso, assim, investigar qual a relação entre o art. 266º, 1, CPC português e a Constituição da República portuguesa. Esta tarefa não é difícil: o princípio da cooperação é norma definidora do modelo do ‘processo equitativo’ português, garantido pelo n. 4 do art. 20 da Constituição portuguesa: ‘Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo’. Observe que o texto do art. 266º, 1, CPC português¹¹⁸, é bastante claro ao afirmar que o princípio da cooperação serve para que se obtenha, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Sobressaem exatamente os direitos fundamentais previstos no n. 4 do art. 20 da Constituição portuguesa: decisão proferida em processo justo e em tempo razoável.¹¹⁹

Mutatis mutandis, não obstante o Código de Processo Civil brasileiro não trazer consigo um enunciado normativo com previsão semelhante à do art. 266, 1 CPC português, o fato é que, sob o manto da premissa constitucional brasileira, contida no art. 5º, LIV da CF/88, o processo que atenda à cláusula do devido processo legal, equivale a um processo equitativo (n. 4 do art. 20 da Constituição portuguesa).

¹¹⁸ O art. 266, 1, CPC português: “1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011. p. 50-54.

A bem da verdade, ainda se fosse inexistente o enunciado contido no art. 5º, LIV da CF/88 (admita-se por hipótese), far-se-ia obrigatória a observância de um modelo cooperativo de processo.

Com efeito, o art. 1º¹²⁰ da CF/88 aduz que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado *Democrático de Direito*.

O Estado de *Direito* está ligado à ideia de sujeição desse mesmo Estado ao respectivo ordenamento jurídico, ao passo que o Estado *Democrático*, a sua vez, traduz o sentido de *participação prévia* dos *sujeitos* que estão submetidos a determinado e certo processo decisório.

Assim é que, exatamente, o processo (judicial, administrativo, legislativo e, inclusive negocial) há de ser *democrático, participativo*, enfim, *cooperativo*.

Como anotado por Leonardo Carneiro da Cunha, “[...] a participação, inerente à ideia democrática, reclama que o poder seja exercido com a colaboração de todos que se apresentem como interessados no processo de decisão.”¹²¹

Seja como for, tendo-se em conta o enunciado normativo do art. 5º, LIV da CF/88, de fato, como se tem afirmado no presente trabalho, o processo judicial só atenderá, de forma adequada e válida, à cláusula do devido processo legal, se ostentar, dentre outros, o matiz de um processo que marche de maneira que os seus partícipes cooperem entre si.

Exatamente porque só haverá processo *equitativo* caso aqueles atores do teatro processual, em seu desenvolvimento, trabalhem em regime de cooperação, concorrendo, todos, para que o feito possa ser conduzido a uma profícua prestação jurisdicional.

Esse cenário decorre, justamente, do raciocínio de que os enunciados normativos infraconstitucionais (como, v.g., os contidos no CPC) não podem deixar de ser interpretados à luz do fundamento segundo o qual são textos que, não raro, concretizam disposições constitucionais

¹²⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

¹²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*. RT, 2012, v. 209, p. 349.

Assim como, por outro lado, uma das realidades mais marcantes do atual fenômeno jurídico no mundo, é ideia da chamada constitucionalização, entre outros, do direito processual.

De maneira que, na esteira desses dois aspectos, encontra-se inserido o princípio da cooperação como consequência do devido processo legal e, igualmente, como uma espécie de cláusula geral processual.¹²²

A cooperação judicial, portanto, não só pode como deve ser aplicada, *se necessário*¹²³, por meio da cláusula geral do devido processo legal, de maneira que sejam impostas condutas, eventualmente até extra-sistemáticas, que conspiram a favor deste modelo de processo.

3.6. O PROCESSO COOPERATIVO COMO O MODELO MAIS ADEQUADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE CLÁUSIAS GERAIS

Afora a importância de se ter em conta o *princípio da cooperação intersubjetiva* como um dos mais destacados exemplos de cláusula geral processual, é preciso que se lhe perceba outro aspecto em *nada* menos relevante.

É que o modelo de processo cooperativo é, *sem a menor sombra de dúvida*, o mais adequado para o manejo das cláusulas gerais (materiais ou processuais).

Realmente desponta como o mais favorável ambiente para que possam, *dialeticamente*, todos (partes e o órgão judicial), colaborar para que melhor seja preenchido o sentido dos conceitos jurídicos indeterminados que, de regra, compõem o antecedente normativo do enunciado, bem como, para que mais proveitosamente seja estabelecido o consequente jurídico do mesmo texto ou dispositivo legal.

Também de forma *comparticipativa*, na aplicação de uma cláusula geral, poderá (deverá!) ser conjugado o postulado da proporcionalidade (*adequação, necessidade e proporcionalidade estrita*), além de ser possível mensurar a aplicabilidade (ou a superação) da *ratio decidendi* derivada de determinado(s) *precedente(s)* ou de um *grupo de casos*, figuras estas que adiante serão esmiuçadas.

¹²² Idem. *Ibidem*, p. 53.

¹²³ Pode parecer evidente, mas aqui se faz a ressalva porque, naturalmente, é possível que o processo *consiga* se desenvolver de forma cooperativa sem que para isso o magistrado tenha que impor condutas valendo-se da correspondente cláusula geral processual.

Essa importância assume maior relevo, certamente, nas oportunidades em que o juiz *não* tiver, em seu favor, o referencial de *precedentes* ou de *grupos de casos* (mais adiante examinados), que já tenham conferido aplicação a determinada cláusula geral, hipótese em que, como terá um ônus argumentativo muito maior, conseqüentemente, mais dependerá, ainda, do *signo* dialético que marca o modelo cooperativo de processo.

Certamente, a dialética proporcionada pelo modelo cooperativo de processo, em última análise, avulta como um contraponto para que seja minimizada a insegurança que, não raro, pode derivar da aplicação das *cláusulas gerais*.

Como já se disse antes, é decorrência do Estado Democrático que, para terem legitimidade, todas as decisões (entre elas as judiciais) oportunizem a *participação* de todos os que a ela irão se submeter.

Assim é que o processo deverá, portanto, ser *democrático*. Deverá ser *comparticipativo*. Deverá, enfim, ser *cooperativo*.

É, em suma, o *palco* ideal onde todos assumem o *papel* de protagonistas no processo de construção da norma jurídica a ser extraída da cláusula geral.

4. A CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA DO ART. 461, § 5º DO CPC

4.1. INTRODUÇÃO

Como já tem sido acentuado, é sabido que as marcas do liberalismo estiveram presentes no Direito brasileiro, que encampou um modelo de processo segundo o qual se entremostravam segregadas as atividades declarativas (ou de certificação do direito) e as executivas (ou de efetivação do direito), de maneira que, neste formato dual, revelava-se, quando, e se alcançada, bem mais penosa a efetivação do direito proclamado por meio de uma decisão judicial.

Asseverou-se, então, que até bem pouco tempo¹²⁴, a legislação processual nacional não dispunha de elementos ou mecanismos, realmente eficazes e

¹²⁴ Sem receio de soar repetitivo, vale dizer mais uma vez que os mecanismos que imprimiram uma maior efetividade às decisões judiciais, no âmbito do Código de Processual Civil, só foram incorporados a este mesmo diploma em 1994, por meio da Lei nº 8.952. Foi o caso do instituto da antecipação de tutela e da execução da obrigação de fazer e de não fazer. Adiante, estendeu-se o mesmo mecanismo para execução de obrigação de entregar coisa, através da Lei nº 10.444/02. Logo depois, foi a vez da execução por

funcionais, que pudessem servir de esteio ou reforço a este *natural e lógico* movimento de ultrapassagem, de superação da declaração judicial do direito em favor de sua realização, de sua concretização.

Diz-se natural e lógico porque o senso comum das pessoas médias não consegue, no que é absolutamente compreensível, a toda evidência, aceitar, ou tomar por razoável, que um direito proclamado por meio de uma decisão judicial – *um ato do estado!* –, após longo percurso num processo de conhecimento, encontre uma vereda tão espinhosa no momento de sua efetivação, quando não, sequer consiga alcançá-la.

Nos dizeres de Kiyoshi Harada, “*ninguém bate às portas do Judiciário para obter uma decisão exemplar em termos de erudição, de riqueza vocabular, de beleza estilística ou de outra coisa qualquer.*”¹²⁵

Exatamente porque, a toda evidência, todo aquele que se socorre dos *préstimos* do Poder Judiciário não pretende outra coisa senão encontrar-se com o resultado prático a que se refere o seu direito material.

Não é demais repisar, a propósito, que a efetividade que se espera, e mais do que isso, impõe-se às decisões judiciais, já em *primeira* análise, reveste-se sob a forma de um direito fundamental, cuja letra repousa no art. 5º, XXXV¹²⁶ da Constituição Federal.

E exatamente neste cenário é sabido que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*” (art. 5º, § 1º da CF/88)

É, realmente, muito importante acentuar, ainda quanto a este quesito, que o “*direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição.*”¹²⁷

quantia certa, *sem processo autônomo*, na forma de cumprimento de sentença (Lei 11.232/05). Antes de tudo, porém, já em 1990, a sistemática de execução *lato senso* (efetivação das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa) foi inaugurada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei 8.078.

¹²⁵ HARADA, Kiyoshi. *Efetividade da jurisdição*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11502>. Disponível em 18/05/2010.

¹²⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

Quer-se dizer: não é obrigação apenas do juiz, mas, também, e antes de mais nada, do próprio legislador estar atento, de forma a obedecer, aos comandos constitucionais fundamentais relativos à efetivação das tutelas jurisdicionais.

No caso específico do legislador, tem ele o dever de produzir conteúdo legislativo de modo a criar, aperfeiçoar, propiciar e favorecer o uso de ferramentas processuais, pelo juiz, que tenham a serventia de dar a maior efetividade ou a maior concretude possível aos direitos proclamados no bojo de uma decisão judicial.

Isso significa dizer, em síntese, que o legislador é, quanto ao seu mister, destinatário dos comandos constitucionais que impõem a obediência de observância ao direito fundamental relativo à tutela efetiva.

É, igualmente, destinatário, o juiz, quando do cumprimento de seu ofício, razão porque deve fazer o uso daquelas mesmas ferramentas (as que melhor se amoldem ao caso prático), maximizando-as, para entregar, finalmente, ao jurisdicionado o que lhe foi reconhecido por meio da fase de accertamento ou certificação de seu direito.

Somem-se a tais considerações aquelas outras feitas alhures no que se refere ao que se nomeou de problema histórico da crise da *ineficiência e inefetividade* da atividade jurisdicional exercida no Brasil.

Assim é que, também *quanto a este propósito executivo*, perfilhando-se à necessidade de atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como sobremodo atento ao movimento de translação pelo qual tem passado a cultura jurídica nacional¹²⁸ nas últimas décadas, o legislador tem se prestado a produzir *enunciados normativos abertos*, concentrando os poderes de execução na *pessoa* do juiz, em contraposição ao chamado *princípio da tipicidade dos meios executivos* que, no passado¹²⁹, foi *vendido* sob as vestes de um benefício ao litigante, de modo a, supostamente, *garantir a sua liberdade* diante do exercício da jurisdição.

¹²⁸ Lembre-se das considerações feitas alhures no tocante ao movimento (sempre em curso, mas já acentuado) da superação das ideologias: individualista; da unidade e perfeição legislativa; bem como da atividade interpretativa da jurisdição.

¹²⁹ Corroborando com essa ressalva, Luiz Guilherme Marinoni, abordando aspecto integrante de nossa herança processual, afirmou que na “*época do Estado liberal clássico, vigorava no processo civil o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, que tinha o significado de impedir a utilização, por parte das partes e do juiz, de meios executivos não expressamente previstos na lei. Esse princípio objetivava garantir a liberdade dos litigantes diante da jurisdição. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser*

Realmente, o princípio da tipicidade dos meios executivos reflete a ideia segundo a qual os mecanismos ou meios de execução de que dispõe o exequente devam estar prévia e abstratamente dispostos em lei.

De maneira que, em assim sendo, possa o executado ter plena consciência (que “garanta” a sua liberdade) quanto àqueles expedientes, de modo que, conseqüentemente, não venha a ficar sujeito às “arbitrariedades” que poderiam ser exercitadas pelo juiz.

É preciso sempre lembrar que essa concepção, *repita-se*, remonta à formação do estado liberal francês, ambiente onde a figura do magistrado não era a das que gozava de maior prestígio, justamente porque, esteve, no regime anterior, de *mãos dadas* com o absolutismo monárquico, cuja síntese do espírito poderia ser definida pela célebre frase “*l'état c'est moi*”, *atribuída* a um de seus maiores expoentes, Luis XIV de *Bourbon*.

Trata-se de modelo (o da tipicidade dos meios executivos) cuja influência derramou-se pela doutrina italiana que, a sua vez, como é sabido e ressabido, influenciou fortemente a doutrina brasileira e, de resto, o Código de Processo Civil de 1973.

Corroborando com esses apontamentos, ao promover reflexão sobre o princípio da tipicidade dos meios executivos, afirma Luiz Guilherme Marononi que não deixa de ser “*curioso quando se pensa em admitir uma garantia ao cidadão que descumpra a sentença, embora possa ser compreensível, considerando o momento histórico em que forjado, como mecanismo garantidor da liberdade dos litigantes contra a possibilidade de arbítrio judicial.*”¹³⁰

Também parece interessante lembrar que, neste contexto de orientação liberal do estado francês, não poderia ser admitida – *o que hoje se concebe como ordinário* – a imposição de multa para o cumprimento (a execução) de determinada

exercida. Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de sua eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meio executivos tipificados.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 20 dez. 2011.)

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

obrigação de fazer ou não fazer, reconhecida (declarada), anteriormente, no processo de certificação do direito.

Assim é que, no máximo, à lei seria possível fixar formas executivas levadas a efeito por sub-rogação, de maneira que o *não* cumprimento de imposições constantes daquelas obrigações de fazer ou não fazer acabavam sendo substituídas ou resolvidas em perdas e danos.

Seja como for, é intuitivo reconhecer que se trata de modelo inservível às necessidades atuais, decorrentes que são, como muito já se viu, das abissais transformações por que passou os conceitos da sociedade e, em sua esteira, a própria cultura jurídica.

Parece ser possível extrair do cenário até o presente momento narrado, e tal como já abordado em passagens transatas, portanto, a conclusão de que a atividade legislativa, por si só, não consegue, decidida e sabidamente, atender aos reclamos da vida atual, com suas infindas faces, e com sua vertiginosa velocidade de transformação, inclusive, no que toca às novas necessidades de direito material.

É óbvio que a realidade nacional está absoluta e inteiramente inserida nestas considerações e apontamentos.

Realmente, a “*evolução da sociedade e o surgimento de novas situações de direito substancial revelaram a insuficiência do procedimento comum e dos meios de execução por sub-rogação.*”¹³¹

Não há como deixar de reconhecer que:

com o passar do tempo, tornou-se necessário munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Tal necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em ‘abuso do direito de defesa’ (art. 273, II, CPC) –, admitindo seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar o que denomino de normas processuais abertas (art. 461, CPC).¹³²

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

De fato, é diante desta conjuntura, é no âmbito deste cenário, inclusive, repita-se, considerando as novas necessidades advindas do direito material, que sobressaem no ordenamento jurídico nacional os chamadas enunciados normativos abertos, do qual figuram como espécies, como tantas vezes já realçado, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

Assim é que hoje é facilmente possível perceber que a “*rebelião da prática contra o formalismo processual e a favor da efetividade dos novos direitos constituiu o balão de ensaio dos novos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil.*”¹³³

Servindo, então, como uma forte ferramenta quanto ao propósito (fincado em direito fundamental) de conferir maior efetividade e eficiência às ordens judiciais tendentes ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa¹³⁴, é que se descortinou a chamada cláusula geral executiva no contida no § 5º do art. 461 do CPC¹³⁵, cuja letra assim está grafada:

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

O enunciado referido neste parágrafo, como é sabido, cuidou de incorporar ao Código de Processo Civil o chamado *poder geral de efetivação*, unguento que muito bem se prestou a conspirar em favor do direito fundamental à realização ou à concretização das ordens contidas nas decisões judiciais.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

¹³⁴ Não é ocioso lembrar que a execução relativa à obrigação de entregar coisa poderá gozar dos expedientes fixados no § do art. 461 (cláusula geral executiva). A propósito, com grifos acrescidos ao original, colham-se algumas letras contidas no art. 461-A, também, do CPC: “Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a **entrega de coisa**, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto **nos §§ 1º a 6º do art. 461.**”

¹³⁵ A fora a possibilidade de fixação (e alteração) de multa para o cumprimento das obrigações em tela, ao que tudo indica, parece não ter havido modificações substanciais no texto anterior do referido § 5º, com a redação que lhe havia sido conferida pela Lei nº 8.952, de 1994, quando comparado ao que lhe emprestou a redação atual, que se lhe foi impressa pela Lei 10.444/02.

Assume, assim, aquele parágrafo 5º, a forma de um feixe de opções, previstas e *não previstas*¹³⁶, que é franqueado ao juiz para o fim de que ele possa, realmente, promover o atendimento à *tutela específica* pleiteada pela parte, ou, eventualmente, ao seu *resultado prático equivalente*.

Vale lembrar que, a partir deste mesmo cenário, foi ultrapassada, com respaldo legislativo, a obrigatoriedade de percorrer as sendas das execuções efetuadas por sub-rogação, por meio, portanto, de sua conversão em perdas e danos, o que, em última análise, acabava por conferir uma espécie de *prêmio* ao devedor, na medida em que dispunha da opção de não cumprir, com exatidão, a obrigação a que genuinamente se submeteu, e que foi reconhecida pelo Poder Judiciário.

Assim é que, a teor da regra contida no parágrafo 1º¹³⁷ do art. 461 do CPC, a opção daquela conversão passou a ser faculdade do credor, ou, em último caso, decorrente da hipótese de real impossibilidade de cumprimento da tutela específica ou da obtenção de seu resultado prático equivalente.

Voltando as atenções, de forma mais acurada, à letra do parágrafo 5º sob análise, é possível inferir que o texto apresenta, em seu antecedente fático, termos determinados sob o aspecto semântico, de maneira que é possível compreender o sentido e o alcance das expressões *tutela específica* ou *obtenção de um resultado prático equivalente*.

Trata-se, nada mais, do que expressões que se referem à obrigação (legal ou contratual) cujo cumprimento é exatamente buscado pelo *autor/credor* em face do *réu/devedor*.

¹³⁶ Não se olvida que em certos casos, vale dizer, para certas espécies de obrigações, será utilizada a técnica da execução direta (ou por sub-rogação), de modo que se avulta desimportante a figura do próprio devedor para fins de cumprimento daquela mesma obrigação. Nestas hipóteses o Poder Judiciário poderá *substituir* a conduta que o devedor, como destinatário da ordem, deveria adotar, por exemplo, de forma que um terceiro ou o próprio Estado-juiz o faça. Por outro lado, a adoção de medidas previstas (e não previstas) no parágrafo 5º do art. 461 do CPC, decorrentes do poder geral de efetivação, tem por referência a indispensabilidade da pessoa do devedor no que se refere ao cumprimento da obrigação, razão por que, faz-se necessário, justamente, o manejo da execução indireta, a partir do manejo daquelas mesmas medidas a serem implementadas com o propósito de compelir o devedor ao cumprimento da ordem judicial.

¹³⁷ “§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.”

Por outro lado, para a obtenção desta mesma tutela específica ou do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar a adoção (consequente jurídico) das *medidas que reputar necessárias* ou *adequadas* ao caso concreto.

Mas afinal, que medidas são essas? Onde estão previstas? Onde estão escritas? Onde o legislador as inseriu? Justamente, deixou a fixação ou eleição deste consequente jurídico ao prudente exame judicial.

É, portanto, o juiz quem irá *criá-las*.

É possível concluir-se, desta forma, que dos dois extremos da estrutura do enunciado normativo, o primeiro se apresenta definido (ou preciso), enquanto o segundo traz consigo matizes abertos.

O primeiro (antecedente normativo – hipótese fática) não reclama preenchimento semântico, ao passo que o segundo pugna pela criação, pela eleição de um consequente jurídico, que, a toda evidência, deverá obedecer ao postulado¹³⁸ da proporcionalidade, por meio da conjugação da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, adiante melhor detalhados.

É bem de ver que, não raro, as hipóteses de cláusulas gerais processuais apresentam o antecedente composto por termos vagos ou fluidos, então, assim, por conceitos jurídicos indeterminados, e o consequente (ou efeito jurídico) não eleito ou não fixado pelo enunciado normativo.

Seja como for, tal como foi dito em linhas anteriores, quando se colecionou um ligeiro quadro sinótico, o enunciado também encerrará uma hipótese de cláusula geral quando contiver antecedente determinado e consequente não fixado ou não eleito, o que é, justamente, o caso do § 5º do art. 461 do CPC.

¹³⁸ Humberto Ávila acrescenta às categorias normativas a figura dos *postulados*, que seriam compreendidos como *instrumentos* normativos *metódicos*, isto é, como categorias que instituem *condições* a serem observadas quando da aplicação das *regras* e dos *princípios*, porém com eles não se confundindo, na medida em que se situariam num plano distinto daqueles primeiros. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010. p. 135-139)

Debruçando-se sobre o preceito legal a respeito do qual se discorre, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

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 harmonizem 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.

(AgRg no Ag 723281/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/02/2006, p. 306)

Importa, a propósito, considerar que tendo em conta o preceito estabelecido no já referido § 5º do art. 461 do CPC e, assim, a par da possibilidade de o juiz movimentar-se com matizes criativos ou construtivistas, por meio da adoção de medidas, inclusive, inespecíficas no sistema processual, é-lhe possível, ainda, adotar medida *diversa* da requerida pela parte.

Com efeito, é bem possível que o pedido deduzido pela parte, no que se refere à adoção de determinada medida para o fim de forçar o cumprimento da respectiva ordem judicial, revele-se inadequado ao seu propósito, de modo que o juiz não só pode como deve adotar, ou eleger, outra medida, sempre (e sempre!) que essa escolha possa, realmente, tornar efetivo e concreto o conteúdo de sua decisão, não se olvidando, por outro lado, da conjugação do postulado da proporcionalidade que, dentre

outros aspectos, reclama a verificação do grau de onerosidade, por assim dizer, que a medida impingirá ao devedor.

Assim é que, diga-se em síntese, sem embargo de não estar mais submetido às medidas executivas descritas expressamente em lei - *medidas típicas* -, também não se encontra o juiz adstrito ao pedido formulado pela parte quanto à adoção daquelas mesmas providências.

Trata-se de uma conclusão extraída do próprio art. 461¹³⁹ do CPC, de forma que, *neste caso*, pode-se dizer que restou flexibilizado o princípio da congruência ou adstrição do juiz ao pedido.

A propósito, o mesmo pode-se dizer quanto à cláusula geral do poder geral de cautela que reside no art. 798 do CPC.

Com efeito, não está o juiz adstrito ao pedido formulado pela parte, de modo que ele poderá “*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.*”

É exatamente o que pode ser extraído do seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, de onde se infere que se fez o manejo da cláusula geral do poder geral de cautela de modo a promover adequação, ao caso concreto, de procedimento executivo:

1. As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.
2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado ex officio, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.
3. A providência cautelar, ainda que de maneira incidental, pode ser deferida em qualquer processo, não procedendo a assertiva de que a verdadeira cláusula geral consubstanciada no artigo 798 do Código de Processo Civil, mesmo em

¹³⁹ Naturalmente que essa mesma premissa pode ser conjugada quanto ao art. 461-A também do CPC.

casos excepcionais, tem limites impostos pelo artigo 739-A do Código de Processo Civil. Ademais, boa parte das matérias suscitadas pelo executado são passíveis de conhecimento, de ofício, pelas instâncias ordinárias, por serem questões de ordem pública

4. A Corte de origem apurou, em juízo sumário, que não há evidência de que o valor exequendo tenha sido disponibilizado ao executado, "podendo a constrição, na forma requerida, impedir que o Clube desenvolva suas atividades", portanto é adequada a suspensão da execução, de modo a suprimir o risco de o exequente obter atos executórios, que ocasionarão danos de difícil reparação ao executado.

5. Orienta a Súmula 07 desta Corte que a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.

6. Recurso especial não provido. (REsp 1241509/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 01/02/2012)

Voltando à dicção do parágrafo 5º do art. 461 do CPC, é bem de ver que foi o próprio legislador quem deu munição ao magistrado para assim agir, exatamente porque o importante é que seja *viável* a medida eleita para se promover a efetivação do direito antes certificado ou proclamado.

E, para que seja obtida essa tal efetivação, o juiz deve *encontrar*¹⁴⁰ e, ato contínuo, fixar a(s) medida(s) mais adequada(s) para aquela finalidade (a efetivação), mesmo em caso de a parte ter deduzido pleito diferente (quanto à adoção da medida).

De fato, como é possível, então, que a medida ventilada ou requerida pela parte *não* se mostre a mais adequada para a efetivação da ordem judicial, ou seja, não se mostre a mais eficaz ao atendimento deste propósito, o juiz, a sua vez, e à luz do feixe de poderes que se lhe foram conferidos pelo art. 461 do CPC, poderá recusar-se em acolher o pleito do requerente, e eleger outra medida que terá maior chance de obter o resultado pretendido.

É possível concluir, portanto, que o rompimento do princípio da tipicidade dos meios executivos, trocando em miúdos, acabou se mostrando como uma convidativa fonte de inspiração em favor da não adstrição, do juiz, ao pedido feito pela

¹⁴⁰ Nesse sentido, por tudo o quanto se disse no presente trabalho, com facilidade é possível concluir que o juiz poderá buscar esta(s) medida(s) no próprio sistema processual (uma vez existentes) ou, acaso necessário, por meio da incorporação de medidas decorrentes de elementos assistemáticos (valores, *standards*, diretrizes políticas, econômicas e sociais).

parte quanto à adoção da medida que tem o fito de pressionar o devedor ao cumprimento da ordem judicial.

Parece ser neste sentido que apontam as considerações de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a:

ruptura do princípio da tipicidade não implicou apenas na possibilidade de uso de meio executivo não previamente estabelecido, mas também na não adstrição do juiz ao meio executivo solicitado. O princípio da tipicidade e a regra da congruência possuem íntima relação com a idéia de garantia de liberdade dos litigantes. Se a tipicidade tem a função de impedir a execução através de meio executivo não previsto na lei, a regra da adstrição seria um corolário seu, isto é, uma regra destinada a complementar a segurança do litigante, que somente poderia ter a sua esfera jurídica invadida por intermédio do meio de execução previsto na lei e escolhido pelo autor¹⁴¹

Decerto, é também, com esteio nesta premissa de raciocínio que o juiz, valendo-se de um meio executivo típico como é o caso da imposição de multa para o cumprimento da respectiva obrigação, poderá alterar o seu *quantum*, de maneira a majorá-lo ou diminuí-lo¹⁴², podendo, ainda, até suprimir a providência em favor da adoção de outra que se revele eficaz.

A par da possibilidade que tem o magistrado de não se cingir às medidas coercitivas pleiteadas pela parte, de modo a promover a adoção de outras que se revelem mais adequadas para atingir o *alvo* da efetividade de sua decisão, é importante acentuar que, nalguns casos, ainda que muito excepcionalmente, parece ser-lhe possível deferir pedido diverso do que lhe foi solicitado, pelo autor, no tocante à própria tutela específica.

Quer-se dizer que diante de hipóteses que comportem o deferimento de um resultado prático *realmente equivalente* à tutela específica pleiteada pelo autor, não haverá óbice ao juiz que assim proceda. Isso nos casos em que o deferimento da tutela específica possa ocasionar um prejuízo desnecessário (desproporcional) ao devedor da obrigação.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

¹⁴² A possibilidade acabou por ser acolhida pelo legislador por meio da inclusão, através da Lei nº 10.444/02, do parágrafo § 6º ao art. 461 do CPC, para quem “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

Assim é que, caso o juiz consiga visualizar que é possível conferir a imposição de uma tutela diferente da pretendida, de maneira que, ainda assim, atenda ao propósito final do autor (pedido mediato), deverá agir exatamente desta forma.

Sem embargo das opiniões em sentido contrário¹⁴³, parece ter sido este o propósito do exemplo edificado por Luiz Guilherme Marinoni, a partir da análise do art. 461 do CPC:

Ademais, está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou melhor, *impor outro* fazer ou não fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da "*obrigação originária*". Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), *outro fazer* deve ser imposto¹⁴⁴.

Realmente mostra-se adequado, neste caso, e excepcionalmente, que se imponha um provimento alternativo ao requerido pelo autor – *um resultado prático equivalente à tutela específica* – de maneira que seja alcançado o propósito final (pedido mediato) do credor da obrigação.

Em assim procedendo, o juiz estará cuidando em atender a esse dito propósito final, sem, contudo, olvidar da conjugação do postulado da proporcionalidade, na medida em que elegeu provimento mais *adequado* e menos oneroso (*necessário*) quando comparado ao requerido pela parte.

Outro exemplo que igualmente bem ilustra esse hipótese foi edificado por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, da seguinte maneira:

Um vizinho move ação judicial contra o outro, ao fundamento de que este último construíra uma varanda cujo telhado lançava as águas da chuva sobre a garagem da residência do primeiro, causando danos ao imóvel, e pede que o magistrado determine o desfazimento (demolição) daquela obra. Averiguando que o autor tem razão, pode o magistrado julgar procedente o seu pedido, mas determinar que, em vez de demolir sua varanda, o vizinho-réu tome providência no sentido de construir uma canaleta por onde possam escoar as águas da chuva sem que haja prejuízo ou risco para o imóvel do demandante. Trata-se de

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4a ed. São Paulo: Malheiros., 1997, n. 112, p. 156.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5045>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

decisão que não concede *exatamente* o que pretendida o autor, mas lhe defere um resultado prático *equivalente*, atendendo às sub-regras do princípio da proporcionalidade [...] ¹⁴⁵

Caso semelhante, sempre citado no convívio forense, seria o que diz respeito a um proprietário de um imóvel que é, amiúde, perturbado com o volume exacerbado advindo do som produzido por um aparelho (uma radiola de ficha, por exemplo) instalado em imóvel vizinho, onde funciona um bar.

Sem embargo de o vizinho incomodado formular um pedido no sentido de que seja o proprietário do bar compelido a ser proibido de ligar o aparelho, o juiz poderá, atentando ao fato de que a radiola de ficha é parte integrante, como atrativo, do *comércio* do segundo vizinho, deferir-lhe um resultado prático equivalente.

Assim, poderá compelir o dono do *comercio* a instalar um mecanismo em sua radiola de ficha que limite o volume do som por ele emitido até um patamar que não perturbe o morador do imóvel contíguo, de modo que o propósito final do vizinho antes perturbado seja atendido, entretanto, a partir da conjugação do postulado da proporcionalidade.

De tudo o quanto se disse é certo concluir, portanto, que o magistrado tem para si as possibilidades descritas nos parágrafos transatos, exatamente em razão do direito fundamental (art. 5º, XXXV) a uma tutela jurisdicional efetiva, princípio esse que deve ter sempre em conta aquele aplicador diante do manejo do preceito escrito no § 5º do art. 461 do CPC.

A seu turno, o enunciado normativo em referência reveste-se da forma de uma cláusula geral processual executiva, que, sem embargo de trazer na primeira *ponta* de sua estrutura (antecedente fático), conceitos determinados (ou precisos), coleciona, na derradeira extremidade, consequentes (ou efeitos jurídicos) parcialmente não eleitos.

De modo que, ao juiz, diante do caso concreto, e na eventualidade de não enxergar utilidade aos já fixados previamente, caberá estabelecer ou eleger, prudentemente (partindo do postulado da proporcionalidade), o correspondente efeito jurídico que se revele mais adequado para atender ao direito fundamental (art. 5º, XXXV) a uma tutela jurisdicional efetiva.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. v.5. 3 ed. Salvador: JusPodim, 2011. p. 428.

4.2. FERRAMENTAS ELEITAS E “NÃO ELEITAS” PELO LEGISLADOR

Já se sabe que, no âmbito de um enunciado normativo que reflita uma hipótese de cláusula geral processual (e naturalmente, também, a material), a fixação ou eleição do correlato consequente normativo deve ficar a cargo do juiz.

Não parece ser ocioso que se chame atenção, por outro lado, que, em determinadas hipóteses, o legislador poderá, se assim reputar necessário, fixar ou eleger, não todos, mas apenas alguns destes consequentes.

A toda evidência, isso não significa que o magistrado estará impedido de criar ou eleger um consequente não previsto no enunciado.

Tal qual se viu acima, ele não só pode, mas, sobretudo, deve fazê-lo, isso, se acaso e logicamente, os meios que tenham sido previamente fixados pelo legislador não se revelem suficientemente eficazes, ou adequados, para atingir o seu propósito, ou seja, a efetivação da decisão judicial que lhe serve de substrato, que lhe serve de suporte.

Parece ser exatamente o caso a que se refere a cláusula geral executiva contida no § 5º do art. 461 do CPC.

Com efeito, com a finalidade de alcançar a *efetivação da tutela específica* ou a obtenção seu do *resultado prático equivalente* o legislador cuidou de eleger como consequentes normativos as seguintes providências: a) imposição de multa por tempo de atraso; b) busca e apreensão; c) remoção de pessoas e coisas; d) desfazimento de obras e; e) impedimento de atividade nociva.

Franqueou, ainda, se necessário, a possibilidade de o magistrado promover a requisição de força policial para servir de suporte ao atendimento (cumprimento) de algumas destas medidas executivas.

A propósito, dentre todas estas medidas parece não haver qualquer espécie de dúvidas de que a mais utilizada refere-se à imposição de multa por tempo de atraso no cumprimento da obrigação certificada pelo respectivo órgão jurisdicional.

Com efeito, quanto a esta providência já foi dito que ela poderá ser objeto de *aumento*, de *diminuição* e, acresça-se, até de *supressão* para o fim de ser substituída por outra medida mais eficaz, se, naturalmente, essa permuta mostra-se mais adequada ao caso concreto.

Talvez, justamente, em razão de sua larga utilização é que sobressaem tais, e outras, questões que merecem ser examinadas, como, por exemplo, a relativa à indagação de quem deva ser o seu *credor*, bem como acerca da existência, ou não, de *limites* para a *fixação e revisão* de seu *valor*, além de sua *periodicidade*.

É importante que se leve em conta, naturalmente, quanto a tais considerações, que o enunciado do § 4º e o do § 5º, ambos do art. 461 do CPC, não trazem qualquer indicação no tocante a tais aspectos.

Realmente, não discorrem sobre *limites* de *fixação, revisão e periodicidade*¹⁴⁶ da multa, tampouco, dispõe sobre a *titularidade* dos importes que lhe dizem respeito.

Para que algumas destas indagações sejam validamente respondidas é preciso que se fale, ainda que de forma sobremodo abreviada, a respeito da natureza jurídica da multa contida no § 5º do art. 461 do CPC.

Com efeito, a multa, a que se refere o dispositivo em comento, consiste numa técnica de *coerção* indireta¹⁴⁷ voltada a *pressionar, forçar*, enfim, *constranger* o destinatário da ordem judicial a efetuar o seu cumprimento.

Como tem, assim, feição *coercitiva*, de modo que serve, repita-se, para compelir o devedor ao cumprimento da respectiva obrigação, parece ser possível atestar, assim, que não tem natureza *punitiva* ou *indenizatória*.

Não tendo, portanto, caráter *punitivo* não poderá o estado ser o seu credor¹⁴⁸.

A multa de que é credor o estado é a referida no parágrafo único do art. 14, V do CPC¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Lembrando, apenas, que o § 6º do art. 461 do CPC faz, naturalmente, referência à periodicidade.

¹⁴⁷ Lembre-se que a execução poderá se desenvolver *com* ou *sem* a participação do executado/devedor. Havendo necessidade de sua participação, a técnica que sera usada é a da coerção *indireta*, de modo que, neste caso, para o cumprimento da ordem judicial, o juiz lançará mão de uma medida *indireta* que atue sobre a *vontade* daquele mesmo devedor. É o caso da imposição da multa. Já na *execução direta*, quando o devedor não cumpre espontaneamente a ordem que lhe é imposta, o juiz adota uma medida *direta*, em *substituição* à conduta do devedor (de quem se prescinde), de modo que quem implementará tal conduta será estado ou um terceiro.

¹⁴⁸ Naturalmente, na eventualidade de o estado ser parte, por exemplo, numa demanda que mova contra um particular, e, como tal, tiver que se valer, nesta condição, da multa com o propósito de que seja cumprida, em seu favor uma decisão judicial, parece não haver óbice de que seja o seu credor.

¹⁴⁹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Com efeito, aquela tem natureza de *sanção* em razão do não cumprimento e embaraço a provimentos judiciais, condutas estas que constituem, na dicção daquele dispositivo, ato atentatório ao exercício da jurisdição, que resultam no desprezo ou desacato à Corte¹⁵⁰.

Ademais, não seria aceitável que o estado pudesse ser credor de uma multa cujos critérios e limites não tivessem sido fixados aprioristicamente.

Ao que tudo indica, foi isso que cuidou de estabelecer, justamente, o dispositivo referido no parágrafo único do art. 14, V do CPC.

Nesse sentido, conclusões sobre a *natureza* da multa contida nos § 4º e § 5º do art. 461 do CPC, e a sua *titularidade*, constam do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas astreintes, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, caput, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4 e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extrai-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

¹⁵⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.

desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada. [...] (REsp 1006473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012)

Com efeito, para a multa (de natureza coercitiva) contida nos § 4º e § 5º do art. 461 do CPC não há fixação de limite mínimo ou máximo, o que, a toda evidência, não significa dizer que este não exista.

É claro que não.

As balizas desta fixação, certamente, deverão obedecer, conjuntamente com a própria escolha da adoção da multa, ao postulado da proporcionalidade, de modo que passe pelo crivo da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita.

Por isso é intuitivo afirmar que a fixação da multa não poderá ser feita em patamares tão baixos que não atendam a seu fim, de modo que revelem uma medida imprestável, tampouco que obedeçam a importes tão elevados que passem a se revestir em prestação mais valiosa do que o bem de vida pretendido pela parte, o que, em última análise, importaria em enriquecimento sem causa em seu favor.

Enfim, é preciso que o juiz, muito atento ao postulado da proporcionalidade, seja ponderado e cauteloso na fixação da multa.

Foi nesse sentido que entendeu o Superior Tribunal de Justiça na forma do seguinte aresto:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. FIXAÇÃO PELA TURMA DE TERMO INICIAL COMBINADO COM A REDUÇÃO DE VALOR. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...]

II. Fixação de parâmetros, pelo acórdão turmário embargado, para fim de incidência de multa, que tomou em consideração, simultaneamente, o valor da penalidade e o termo inicial em que passaria a incidir, ante a situação específica verificada nos autos.

III. Ademais, a pretensão dos embargos, de alteração exclusiva de um dos parâmetros (termo inicial das astreintes), desequilibraria a equação em que se baseou o órgão fracionário para a solução do litígio, tornando o valor de multa

diária excessiva e incompatível com a obrigação positiva atribuída à parte contrária, se aplicada retroativamente no tempo.

IV. Embargos de divergência não conhecidos. (REsp 976.670/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 03/06/2011)

Quanto ao aspecto da periodicidade da multa, parece ser mais comum aceitar que seja obedecida ao regime da frequência diária. Inclusive porque essa é a dicção do § 4º do art. 461 do CPC (“impor multa *diária* ao réu”).

Entretanto, não há qualquer óbice para que aquela medida coercitiva seja fixada por *hora, semana, quinzena, mês* etc.

Exatamente porque haverá casos em que a fixação da multa sob a frequência diária não atenderá ao fim pretendido pela ordem judicial.

Imagine-se a hipótese, por exemplo, de um comando judicial, deferido num plantão de sábado, que imponha uma obrigação de não fazer a determinado destinatário, consistente em não permitir que se inicie uma partida de futebol, no dia seguinte, em razão da insegurança estrutural de um certo estádio.

A fixação de uma multa em horas, em tese, parece muito mais atender à finalidade constante da decisão judicial do que a periodicidade diária.

Vale dizer: se assim não for feito, não se estará atendendo ao postulado da proporcionalidade, exatamente porque a medida não se revelará *adequada, necessária e estritamente proporcional*.

Além de fixar em periodicidade diferente da diária, poderá o juiz, logicamente, promover a sua alteração, sempre, naturalmente, que tal providência mostre-se mais efetiva para atender ao desiderato do respectivo comando judicial.

O respaldo para o manejo destas providências está, a propósito, contido no texto do § 6º do art. 461 do CPC, de forma que este mesmo permissivo deverá ser aplicado de maneira conjunta com o postulado da proporcionalidade.

Por tudo o que se tem dito, inclusive, é possível concluir que a fixação da multa sobre a qual presentemente se discorre não faz coisa julgada, razão porque, também sob esse aspecto, é possível que se promova a alteração de seu valor ou de periodicidade, sempre que necessário, sempre que o juiz se deparar com alteração fática que justifique essa conduta.

É o que se infere do exame do seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. PROCEDIMENTO. ASTREINTES. REVISÃO, A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE. DESCASO DO DEVEDOR. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO.

[...]

3. A multa do art. 461 do CPC não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo pelo Juiz, inclusive de ofício, quando se modificar a situação em que foi cominada. Precedentes.

4. Se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação.

Precedentes.

5. Recurso especial e recurso especial adesivo não providos. (REsp 1192197/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 05/06/2012)

É possível, igualmente, afirmar, que o destinatário *natural* da multa, diga-se assim, é o demandado, exatamente, e inclusive, tendo em conta a letra contida no § 4º do art. 461 do CPC (impor multa diária ao *réu*).

Entretanto, sendo possível imaginar-se, por exemplo, um caso relativo a uma reconvenção, ocasião em que o réu promove uma espécie de contra-ataque, passando, subitamente, de uma conduta, apenas, defensiva para uma ofensiva, parece não haver qualquer espécie de impedimento para que, no cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, o réu que tenha reconvidado, tenha em seu favor deferida a adoção de uma multa coercitiva.

O mesmo pode-se dizer de uma demanda que tenha natureza dúplice. Imagine-se, por exemplo, uma ação de manutenção de posse que tenha o seu pedido julgado pela improcedência e que, ao mesmo tempo, defira o pleito possessório formulado pelo demandado¹⁵¹, de modo que, naturalmente, em seu favor parece ser perfeitamente possível que seja feito o uso das *astreintes*.

¹⁵¹ Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Questão interessante a ser abordada, também, refere-se à conduta das partes no contexto da imposição da multa.

Realmente, já se pisou e repisou que o propósito da multa contida nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC não é outro senão o de impelir o destinatário do comando judicial a efetuar o seu cumprimento.

Não há como concluir de modo diverso.

Pois bem. Sem embargo desta consideração, é possível que a parte a quem a multa aproveita adote postura ou conduta (aparentemente contraditória) que resulte na *piora* de sua situação processual, no que toca ao (des)cumprimento, em seu favor, do correspondente comando judicial.

Explica-se.

Em dadas situações, a demora acentuada no cumprimento da ordem que traz consigo a cominação da multa, resultará numa soma pecuniária (a soma da multa) que, muitas vezes, ultrapassará o valor do bem de vida perseguido pela parte por meio da demanda.

O caso é que em favor dessa demora acentuada poderá, arditosamente, concorrer o autor, exatamente, com o propósito de *retirar* do processo, de forma espúria, um benefício muito maior do que teria até em caso de cumprimento espontâneo da obrigação antes mesmo do ajuizamento de qualquer ação.

Seria o caso de obter um provimento liminar, por exemplo, arrimado na cominação de multa e, diante do seu não cumprimento, deixar, longa e propositadamente, de comunicar o acontecimento ao juiz, de modo que sua própria situação se agrave, e disso, como se viu, retire proveito *amoral*.

Ao final, acabaria por ter, em seu favor, a possibilidade de promover a execução de um acessório (a multa) em patamares muito mais valiosos do que a prestação objeto da ação.

É conduta que não se deve admitir.

Tal como se disse em capítulo anterior, o art. 422 do Código Civil¹⁵² impõe aos sujeitos que tomam parte em uma relação contratual, a adoção de conduta

¹⁵² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

pautada na boa-fé objetiva, de modo que o credor da respetiva obrigação deverá estar atento ao fato de que tem o dever de zelar por seus direitos e interesses, de modo que deve, assim, concorrer para a mitigação de seus prejuízos (*duty to mitigate the loss*).

Exatamente porque assim o faria em condições de normalidade.

Promovendo uma transposição deste mesmo dever de mitigar o próprio prejuízo para o ambiente processual, é bem de ver que parece ser intuitiva a aplicação do art. 14, II do CPC (cláusula geral da boa-fé processual), que, a sua vez, aduz ser dever das partes proceder com *lealdade e boa-fé*, de modo que a desídia proposital do autor que concorra para o agravamento de sua situação (não cumprimento da ordem judicial), de onde resulte no crescimento excessivo da multa coercitiva deverá ser prontamente rechaçada pelo juiz.

Não é demais repisar, ainda, e a propósito, que a imposição da multa sob análise reflete o uso da técnica da execução *indireta*, que, a sua vez, difere da técnica da execução *direta* ou por *sub-rogação*¹⁵³, ambas, a serem manejadas em caso de não cumprimento espontâneo da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.

Assim é que a fixação de multa, pelo juiz, nesse particular, bem se coaduna com a necessidade da parte no sentido de obter o cumprimento da tutela específica (ou resultado equivalente) relativa ao atendimento a uma daquelas obrigações (fazer, não fazer e entregar coisa).

Não obstante possa soar um tanto quanto redundante, o fato é que a adoção dos demais meios executivos tipificados, de forma enunciativa, no preceito do § 5º do art. 461 do CPC não traz consigo maiores complexidades.

¹⁵³ Há duas perspectivas sobre as quais é possível enxergar a ideia da *sub-rogação*: a) A primeira diz respeito à (im)possibilidade de *obtenção* da tutela específica pretendida pelo *credor* em face do *devedor*. Antes do advento da Lei nº 8.952/94, o devedor *poderia escolher* inadimplir a obrigação, de modo que se procederia à sua *sub-rogação* (conversão) em perdas e danos. Tratava-se de uma opção do devedor. Com a chegada da referida lei, entre outras alterações, promoveu-se a inclusão do parágrafo 1º ao art. 461 do CPC, de maneira que só poderá haver *sub-rogação* (conversão) da obrigação em perdas e danos, se assim o credor aceitar (requerer) ou se impossível a tutela específica ou o seu resultado prático equivalente. Assim é que esta ideia de *sub-rogação* diz respeito à (im)possibilidade da conversão da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa em perdas e danos, lembrando que no caso de entregar coisa, o respaldo legal adveio da Lei nº 10.444/02; b) A segunda ideia de *sub-rogação* refere-se à técnica de execução que pode ser direta (ou por *sub-rogação*) ou indireta, na medida em que a dita execução pode se realizar *com* ou *sem* a participação do executado. No primeiro caso, na eventualidade de o réu/devedor não cumprir a imposição que lhe é imposta, será adotada uma medida em *substituição* à sua conduta, por meio do estado ou de um terceiro, exatamente porque a sua participação era prescindível. No segundo, na hipótese de o réu/devedor não cumprir a imposição, ser-lhe-á impingida uma medida coercitiva que atue sobre sua vontade, justamente porque a sua participação é imprescindível.

Exatamente porque cada uma destas medidas típicas será manejada, se e na medida em que guarde uma relação de adequação, necessidade e proporção com a correspondente natureza da obrigação (fazer, não fazer e entregar coisa) a ser cumprida.

Assim é que a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, bem como o impedimento de atividade nociva, serão medidas que deverão ser adotadas pelo magistrado (a requerimento da parte ou não), exatamente sempre que se fizerem *convenientes* (adequadas, necessárias e proporcionais¹⁵⁴) para o fim de compelir o destinatário da ordem judicial a implementá-la.

Neste caso (adoção das medidas típicas), ao que tudo indica, o juiz não estaria a se valer do tanto de *carga de cláusula geral*, permita-se dizer assim, com que foi concebido o enunciado normativo.

Exatamente porque em assim procedendo teria lançado mão de uma medida apriorística e previamente concebida pelo legislador.

Naturalmente, por outro lado, é evidente que se assim não fizer, não haverá, minimamente, qualquer espécie de desvirtuamento ou descaracterização quanto ao enunciado que lhe serviu de fundamento, que continuará, por óbvio, a ostentar o timbre de uma cláusula geral processual.

Apenas, em determinado caso específico, o magistrado optou por adotar uma das medidas já tipificadas, justamente porque se revelou mais eficaz em favor do cumprimento da correlata ordem.

É possível, por exemplo, que a medida inicialmente típica que foi adotada, tal como se disse antes, não se revele efetiva, de modo que venha a ser suprimida em favor de medida (não expressa) a ser criada pelo juiz, caso em que estará sendo extraída toda *carga de cláusula geral* do enunciado.

Em síntese, quer-se dizer que o juiz tem *a liberdade*, conforme lhe *peça* o caso concreto, de promover a adoção de uma medida expressa ou inexistente com o propósito de mais eficazmente atender ao fim de efetivar a sua decisão.

¹⁵⁴ Nunca é demais reafirmar que mesmo no caso da adoção de uma das medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC, o juiz terá que fazer o manejo do postulado da proporcionalidade com a conjugação dos elementos que lhe são integrantes, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Terá ele a faculdade de manejar o enunciado normativo, ou melhor, a sua *carga de cláusula geral* conforme o caso concreto requeira.

Já se viu assim, permita-se repisar, que, a par das possibilidades de que dispõe o juiz quanto ao manejo das medidas de apoio ou coercitivas elencadas no parágrafo 5º do art. 461 do CPC, é possível socorrer-se à adoção d'outras não enumeradas no dispositivo em comento.

Quanto a este particular, permite-se colecionar o seguintes julgado egresso do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE DAR. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. AFERIÇÃO DA EFICÁCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC.

[...]

2. 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.

3. 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 harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.

4. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1062564/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 23/10/2008)

Sem embargo desta assertiva, é preciso avaliar sob que premissas ou critérios poderiam ser edificadas as medidas a serem criadas pelo juiz, ou, dito de outra forma, em que parâmetros poderiam ser balizadas.

O entendimento e a percepção dos contornos destas balizas ou critérios faz-se sobretudo importante, não só para o fim da realização da medida em si, mas, sobretudo, em razão da necessidade de compreender como este mesmo ato, uma vez praticado, pode ser revisitado por meio do competente recurso.

Serão aspectos que cuidarão de ser esmiuçados em capítulo mais adiante colecionado. Seja como for, é importante acentuar, desde já, que, para que a medida a ser criada, fixada ou eleita (consequente jurídico) pelo juiz não ultrapasse os lindes

normativos, e adentre cavidade da arbitrariedade, é preciso que se obedeça ao postulado da proporcionalidade, de maneira que tanto no momento da *adoção* daquela mesma medida, quanto no instante de sua *imposição*, ela reflita uma providência adequada, necessária e proporcional¹⁵⁵.

O postulado da proporcionalidade¹⁵⁶, portanto, funcionará como uma espécie de *raia* numa piscina, margeada, dos dois lados, por cordas com bóias ao longo do seu trajeto, de forma que o ato judicial de *criação* de um medida coercitiva não possa ultrapassar seus limites.

Contudo, e ao mesmo tempo, de maneira que, para cada hipótese, seja possível que a demarcação avance um pouco para as laterais ou recue um pouco, tal como acontece quando se está diante de uma ou outra ondulação, exatamente porque o postulado da proporcionalidade deverá ser aquilatado caso a caso.

Feitas estas considerações, parece convir que se reflita sobre a possibilidade de adoção (criação) de algumas medidas quem têm causado questionamentos quanto à sua legalidade.

Uma destas, que, inclusive, faz despertar muitas dúvidas, diz respeito à possibilidade de se impor, como ferramenta coercitiva, a prisão civil do destinatário da ordem judicial, para o fim de obter o cumprimento, até então recalcitrante, da tutela específica ou do resultado prático que lhe fosse equivalente.

Com efeito, não há como discorrer sobre o tema sem antes visualizar o enunciado contido no art. 5º, LXVII da CF/88, cuja dicção é a seguinte:

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel

Aparentemente, a premissa mais importante que se sobressairia entre a leitura do enunciado e a reflexão sobre a (im)possibilidade de adotar a prisão civil como meio coercitivo para o cumprimento da tutela específica, ou do resultado prático

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

¹⁵⁶ E normas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que a partir dele (do postulado da proporcionalidade) podem ser aplicadas.

equivalente, repousaria sobre a compreensão do sentido ou da acepção da palavra *dívida*.

Com efeito, a palavra (*dívida*) poderia ensejar o entendimento de que se está a referir a uma *dívida* decorrente de uma *obrigação de pagar dinheiro*, ou, por outro lado, de uma *dívida* decorrente de uma *obrigação civil*.

Se acaso a vedação constitucional tivesse desejado referir-se a uma *obrigação pecuniária*, sendo apenas essa a restrição que poderia impedir a aplicação da prisão civil, seria possível, então, que o juiz adotasse tal medida coercitiva para pressionar o devedor – *de obrigação civil diferente da de prestar dinheiro* – ao implemento de um fazer, não fazer ou entregar coisa.

Por outro lado, caso se admitisse que o texto constitucional tivesse trazido consigo uma vedação à imposição de prisão civil nos casos de *dívidas* que se referissem a *obrigações civis* em geral, seria forçoso concluir que o fazer, o não fazer e o entregar coisa se apresentariam como espécies daquelas mesmas obrigações, o que inviabilizaria a adoção da medida sob análise tendo em conta a expressa proibição constitucional nesse sentido.

Quer-se dizer: não seria possível adotar a prisão civil, como medida coercitiva fundada no parágrafo 5º do art. 461 do CPC, que pretendesse forçar o cumprimento de uma ordem judicial que tivesse como objeto o inadimplemento de uma obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa.

Assim é que a vedação à prisão civil contida no permissivo constitucional ou seria absoluta (todas as espécies de obrigações civis), ou seria relativa (apenas as obrigações pecuniárias).

Com efeito, para alguns¹⁵⁷, a expressão *dívida* a que alude o texto constitucional em referência diria respeito a todas as espécies de obrigações ou prestações civis, inclusive, sob o argumento de que se assim não fosse, não haveria como justificar que dentre as duas ressalvas contidas no mesmo texto, para as quais se

¹⁵⁷ Nessa linha é que se posiciona Eduardo Talamini quando, inclusive, quando faz a seguinte indagação acerca das duas exceções contidas no art. 5º, LVXII da CF/88: “[...] *como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária?*” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 302)

admite a prisão civil (depositário infiel e devedor de pensão alimentícia), uma delas (depositário infiel) diga respeito, justamente, a uma obrigação civil não pecuniária.

Acresça-se a tal assertiva, mesmo diante do caso de depositário infiel, que reflete, como já se viu, a natureza de uma obrigação não pecuniária, e, portanto, civil, o fato de o Colendo Supremo Tribunal Federal já ter assentado entendimento na forma da súmula vinculante nº 25, para quem “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”, isso na esteira do julgamento plenário dos recursos extraordinários nº 349.703 e 466.343, além de outros precedentes.

Sem embargo desses apontamentos, há aqueles¹⁵⁸ que propugnam que a expressão *dívida*, a ser compreendida no contexto referido nos parágrafos acima, é empregada, efetivamente, no sentido de *obrigação pecuniária*, razão por que as demais obrigações civis não estariam submetidas àquela vedação constitucional, de onde decorreria ser perfeitamente possível ao juiz que adotasse a prisão civil para o fim de efetivar a tutela específica ou o resultado prático equivalente¹⁵⁹.

Tudo está a indicar que os debates que se travam acerca da (in)aplicabilidade da prisão civil para o fim de efetivação da tutela específica ou resultado prático equivalente, tem como pano de fundo uma tentativa de compreender o sentido ou o conteúdo semântico do permissivo constitucional em foco.

Neste particular parece acertado o magistério de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁶⁰, para os quais o problema deveria não ser analisado sob a lente da *semântica*, portanto, com o propósito de perquirir o sentido ou o significado da palavra *dívida* no contexto do enunciado constitucional, e sim, a partir da perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.

Realmente, a questão é assim bem resumida:

Analisando o problema sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais – e não sob a perspectiva meramente semântica –, já se pode demonstrar a fragilidade da tese restritiva da prisão civil, eis que ela pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta de um direito fundamental (liberdade

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 292.

¹⁵⁹ No mesmo sentido: SHIMURA, Sérgio Seiji. *Efetivação das tutelas de urgência*. Processo de Execução. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2001.

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno e; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v.5. 3ª ed. Salvador: JusPodim, 2011, p. 467.

individual) em relação aos demais direitos fundamentais (vida, integridade física, dignidade, outros tipos de liberdade, devido processo legal, efetividade da tutela jurisdicional etc). Essa hierarquização apriorística não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo quando se percebe que tais direitos são sempre relativos e podem ser episodicamente afastados, quando o magistrado, à luz do caso concreto e do princípio da proporcionalidade, assim o entender, como forma de efetivar um outro direito fundamental¹⁶¹.

Realmente, aí sim parece estar contido um referencial teórico sustentável no que se refere à possibilidade de adoção da prisão civil para o fim do atendimento à efetivação da tutela específica ou o seu resultado prático equivalente.

O fato é que haverá hipóteses, inclusive como sói acontecer com outras medidas (previstas e não previstas), em que não¹⁶² se revelará adequada ou necessária ou proporcional a adoção da prisão civil, ao passo que, noutros casos, ao revés, a medida se apresentará adequada, necessária e proporcional, de maneira que o direito à liberdade individual deverá recuar, episodicamente, em favor da prevalência de um outro direito fundamental que, no caso concreto, poderia experimentar um prejuízo muito maior do que o do “devedor” da prestação.

Decerto haverá hipóteses em que nenhuma outra medida coercitiva conseguirá atender ao propósito de efetivar a correspondente da tutela deferida pelo juiz. De modo que se assim não proceder (adotando a prisão civil), além do desmerecer o direito fundamental à efetivação dos provimentos judiciais, é muitíssimo provável que, a reboque, outros seja irremediavelmente desconsiderados.

Realmente, como assenta Luiz Guilherme Marinoni:

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno e; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v.5. 3a ed. Salvador: JusPodim, 2011, p. 467.

¹⁶² RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO PARCIAL DA ORDEM PARA BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA.

[...] A experiência comum mostra que, em regra, os provimentos judiciais são cumpridos. Se excepcionalmente houver ilegítima resistência oposta, a ordem jurídica prevê meios coercitivos para assegurar o seu fiel cumprimento. Conforme dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, cabe ao magistrado, à luz dos fatos delimitados na demanda, determinar a medida que, a seu juízo, mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada. Vale dizer, se, de um lado, pode o juiz determinar a implementação de medida, ainda que não expressa na lei, como o bloqueio de contas públicas, por outro lado, é-lhe também lícito rejeitar o pedido, se entender pela sua desnecessidade. O que a ordem jurídica não tolera é que o juiz seja compelido a determinar a adoção de cautelas que não reputou necessárias, apenas para satisfazer o desejo das partes. No caso dos autos, a denegação parcial da ordem, no ponto em que rejeitou o pedido de bloqueio das contas públicas, não representa violação de direito. Tampouco a pretensão do recorrente se funda em "justo receio de sofrê-la" (art. 1º da Lei n. 12.016/2009). Recurso ordinário improvido. (RMS 33.337/GO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 25/05/2012)

não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela específica seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento.¹⁶³

Não se está com o presente trabalho, frise-se porque nunca é ocioso, a se pretender ou sugerir que esse expediente seja adotado usualmente. Não. Isso equivaleria a banalizar meio coercitivo, sobremodo valioso, que apenas deveria ser manejado em casos de excepcionalidade e, ainda, sendo precedido de toda cautela possível.

Essa é também a conclusão que se extrai das lições de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a medida é plausível na hipótese em que “ *a execução direta ou a multa não se mostrem idôneas para a tutela do direito. Ou seja, a prisão deve ser vista como a última alternativa para a imposição de ordem judicial imprescindível para a tutela do direito.*”¹⁶⁴

Seja como for, a exceção não pode apenas ser exercitada no ambiente teórico, de modo que sempre que não exista medida coercitiva outra (adequada, necessária e proporcional) suficientemente firme para forçar o cumprimento ou efetivação de determinada tutela, há, sim, que se socorrer àquela medida extrema.

Do contrário, direitos fundamentais como o direito à vida, a um meio ambiente preservado, à dignidade da pessoa humana, dentre outros, em muitos casos, poderiam ser vilipendiados de forma irremediável à mingua de um meio coercitivo que seja, realmente, dotado do suficiente vigor para impelir ou constringer o destinatário da ordem a cumpri-la.

O grande, e prévio, cuidado, pouco acima referido, na adoção da medida em tela, assim foi resumido por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

[...] o magistrado, antes de decretá-la, deve garantir o exercício do contraditório, permitindo que as partes, sobretudo o destinatário da medida, falem sobre o assunto e, se for o caso, produzam prova para demonstrar o que for necessário. No mais, é prudente que o julgador, optando por impor a prisão civil, fixe, desde logo o seu prazo de duração, salientando que o cumprimento, pelo

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87-88.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

devedor, da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva.¹⁶⁵

Ao que tudo indica, a partir da análise feita acerca da medida coercitiva (não escrita) da prisão civil, parece não sobressair dúvida que tantas outras podem ser objeto de criação e adoção pelo juiz, da mesma forma com o propósito de fazer efetivar a tutela específica ou o seu resultado prático equivalente.

E o poderão, igualmente, desde que sejam precedidas da conjugação do postulado da proporcionalidade, por meio da verificação de que se trate, portanto, de medida adequada, necessária e proporcional.

Daí é que se pode concluir que os limites das medidas não eleitas pelo legislador, e a serem fixadas pelo juiz, como manifestação de seu poder criativo e do poder geral de efetivação inscrito no § 5º art. 461 do CPC, estão compreendidos na ponderação de interesses (postulado da proporcionalidade).

Haverão de ser balanceados, por assim dizer, os direitos fundamentais do beneficiário da ordem de efetivação, bem como os que integrem o *patrimônio* do seu destinatário.

Assim é que, a depender deste balanceamento, e de cada caso em concreto e específico, medidas como o corte de luz de uma empresa, o corte do *signal* de *internet* ou de linha telefônica, a suspensão do cadastro e da licença ambiental de seu titular, a suspensão do direito de guiar (dirigir), o bloqueio de verbas públicas, retirar da rede a *página* de uma determinada empresa, e tantas outras medidas, poderão ser perfeitamente adotadas pelo juiz, desde que sempre precedidas das devidas ponderações através do postulado da proporcionalidade.

É muitíssimo importante que se tenha em mente o feixe de possibilidades que são franqueadas pelo § 5º art. 461 do CPC, que mais adequadamente poderão ser construídos, diga-se novamente, a partir dos casos concretos.

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno e; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v.5. 3a ed. Salvador: JusPodim, 2011, p. 468-479.

Inclusive, e também, em razão do uso maciço (quase único!) das *astreintes* nos dias atuais que, como bem revela a praxe forense, sem embargo de sua serventia, não é menos verdade que em muitas vezes se revela ineficaz.

É preciso que o Poder Judiciário não se preste, tão somente, a copiar os expedientes que consistem nesta forma de medida coercitiva (as *astreintes*), de maneira que dê azo, verdadeiramente, à sua vocação criativa, na medida em que, inclusive, ninguém menos do que o próprio legislador assim o municiou.

As potencialidades contidas no § 5º art. 461 do CPC ainda são manejadas de maneira muitíssimo tímida, exatamente porque, em sua grande maioria, os juízes só se *lembram* da multa, talvez em razão do conforto de saber que é meio usado largamente por seus pares, e que, por isso, não sobressairão maiores questionamentos ou reações sobressaltadas, das partes envolvidas e dos demais operadores do direito.

Tanto é verdade que da consulta jurisprudencial feita aos tribunais ordinários e superiores, no Brasil, denota-se, efetivamente, mesmo diante das largas possibilidades franqueadas pelo § 5º art. 461 do CPC, que de forma dominante, é feito o uso da multa. Noutros casos, há notícias do uso do bloqueio de verbas públicas, *que é medida não escrita*, com o propósito de tornar efetivas as respectivas ordens judicial.

Em muitos momentos remanesce a forte impressão, principalmente aos que lidam com a praxe forense, de que todos (ou no mínimo a esmagadora maioria) cingem-se a debater acerca da periodicidade, valores, diminuição ou acréscimos aplicáveis ao valor da multa.

Trata-se de debates por vezes inférteis. Tudo ou muito já se discorreu sobre estes aspectos.

É preciso ousar mais.

As potencialidades são fantásticas e, realmente, nunca é demais repetir que o permissivo contido no § 5º art. 461 do CPC é uma janela notável que convida o seu aplicador (criador) a trilhar caminhos muita vez inexploráveis - *não sem a bússola do postulado da proporcionalidade* -, em favor, e em benefício da efetivação da tutela específica ou do resultado prático que se lhe seja equivalente.

5. O PRECEDENTE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL

Já se viu que, diante do uso de uma cláusula geral, o consequente normativo será concretizado a posteriori, e assim, portanto, a partir do caso concreto e não, como sói acontecer com os enunciados normativos fechados, onde aquela construção se dará a partir de uma hipótese abstrata e apriorística referida no enunciado normativo.

Nesse contexto, portanto, o *caso concreto* é o insumo de que se vale o Poder Judiciário para construir o *precedente*.

A propósito, é importante acentuar que é comum aliar a figura do precedente ao sistema do *common law* como se fosse realidade só pertencente àquele cenário, de forma que, assim, seria como se nos sistemas que adotam o *civil law* esta mesma figura fosse inexistente.

Essa não é uma assertiva verdadeira.

Do contrário, em países que se filiassem ao sistema do *civil law* não seria possível que determinada decisão judicial fosse fundamentada ou pautada noutra que lhe fosse precedente, tendo em conta, entre ambas, a semelhança relativa ao contexto fático-normativo.

O que na verdade poderia ser afirmado é que no sistema do *common law* há a obrigação de uma decisão judicial em se filiar a *certos* provimentos que lhe são *precedentes*.

Nas palavras de Ugo Mattei, seguir um precedente não seria:

uma peculiaridade dos sistemas de common law, porque a ideia segundo a qual os casos símiles devem ser decididos de modo semelhante é um princípio de justiça reconhecido no âmbito de toda tradição jurídica ocidental.[...] O que é típico ou próprio do common law é o *stare decisis*, que indica uma obrigação jurídica dos juízes sucessivos de não discordar de certos precedentes.¹⁶⁶

E neste particular, inclusive, reside um ponto de convergência entre o sistema brasileiro e o do *common law*, exatamente em razão da existência da figura das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que, em última análise, impõem a obrigação aos demais órgãos jurisdicionais de não destoarem de seu teor.

¹⁶⁶ MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 2a ed. Torino: Giappichelli, 2004. p. 133-134, em tradução livre feita, gentilmente, por Leonardo Carneiro da Cunha.

Outro aspecto que importa lembrar é o de que *precedente* não pode ser tomado como expressão sinônima de *jurisprudência*. E este, realmente, não é um lapso incomum. A *jurisprudência* refere-se ou reflete o conjunto de *precedentes*, oriundo de um Tribunal ou de certos órgãos jurisdicionais, que convergem para determinada direção.

De maneira que acaso a jurisprudência seja desfavorável a determinada tese jurídica, isso equivale a dizer, que há um conjunto considerável de precedentes que lhe negam guarida. De outro modo, nas hipóteses em que se aventam que a jurisprudência apresenta-se favorável a outra tese, quer-se referir que há uma pluralidade de precedentes que apontam nesse sentido.

Parece também importante ter em conta que a uniformização da jurisprudência e a obediência ao precedente judicial são ideias que se apresentam ligadas, de forma siamesa, ao princípio da segurança jurídica e, decerto, à previsibilidade que se espera dos provimentos jurisdicionais, previsibilidade esta que, em última análise, acaba por orientar a própria conduta dos jurisdicionados, porquanto terão a consciência e a noção, dada a reiteração daqueles pronunciamentos em sentido uniforme, de como agir e como não agir, do que é tolerado ou não é tolerado.

Com efeito, precedentes que apontem para sentidos opostos, a partir de um mesmo (ou semelhante) contexto fático-normativo conspiram pesadamente em desfavor dos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Realmente, chega a ser intuitivo que não é sequer razoável admitir que casos idênticos (ou semelhantes) resultem em decisões inteiramente diferentes, o que, colabora, inclusive, para a descrença social no Poder Judiciário.

Essa é a razão pela qual é indispensável que sejam compreendidos os *elementos*, a *aplicabilidade*, e, inclusive, a forma de *superação* (do uso) dos precedentes, de modo que eles possam adequadamente concorrer em favor da uniformização dos provimentos emanados do Poder Judiciário.

São dois os *elementos* que integram o precedente. Como anota, nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci “*todo precedente é composto por duas partes: a) as*

circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.”¹⁶⁷

A tese ou princípio jurídico que motiva a decisão figura, exatamente, como a *ratio decidendi*.

Num caso concreto em que o julgador se vale não de um precedente mas, por exemplo, de um enunciado normativo qualquer, terá ele que promover daquele texto a extração de uma norma, de modo que, descrevendo *os motivos pelos quais* aplica esta mesma norma aos fatos da controvérsia, estará evidenciada a *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* (motivo da decisão), que implicará também a aplicação de um consequente jurídico, terá derivado do cotejo entre um enunciado normativo e um contexto fático.

Na *aplicação* de um precedente, e não de um enunciado normativo, em favor de certo caso sob julgamento (ou sob um de seus capítulos), tomar-se-á a *ratio decidendi*, exatamente, de um caso anterior, de um *precedente*.

De maneira que ao se promover tal *aplicação*, sobre um caso concreto a julgar, seja feito o uso dos dois elementos do precedente. Primeiro para fim de análise comparativa (fatos relevantes), depois para eventual aproveitamento dos motivos jurídicos que ensejaram a respectiva decisão (*ratio decidendi*).

É preciso verificar, realmente, se o contexto fático do julgado anterior possui identidade ou semelhança com o que se tem à mão. Possuindo, será possível que seja aplicado ao caso sob julgamento a correspondente *ratio decidendi*.

Como adverte de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior:

percebe-se que a observância de um precedente num caso em julgamento requer a confrontação entre os fatos materiais (relevantes) dos dois casos, para assim saber se a *ratio decidendi* do primeiro afigura-se adequada para servir de motivo determinante à decisão que venha regular as consequências jurídicas dos fatos do caso em julgamento.¹⁶⁸

¹⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: ed. RT, 2004. p. 12.

¹⁶⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 57.

A par desta técnica de aplicação, a *superação*, *afastamento* ou *não aplicação* de um precedente far-se-á por meio das técnicas¹⁶⁹ do *distinguishing* e do *overruling*.

No caso do *distinguishing*, justamente, no momento de confrontação (precedente *versus* caso sob julgamento) dos fatos materiais, de onde resulte, validamente, a possibilidade de se promover uma *distinção* deste mesmo contexto fático, é que se poderá, mormente nas hipóteses de *stare decisis* (precedentes vinculantes), afastar ou superar a aplicação de um precedente.

É a esse ato (à técnica) de comparar ou confrontar e poder diferenciar estes fatos relevantes¹⁷⁰, exatamente em razão da visualização de sua dissemelhança, que se dá o nome de *distinguishing*.

Com o emprego da técnica do *distinguishing* é possível, desta forma e validamente, superar a aplicação, num caso sob julgamento, de um precedente, de modo que, à evidência, não será a hipótese de se estender a *ratio decidendi* deste último àquele primeiro.

Impende que seja ressaltado, ainda, que aplicação do precedente não é feita, necessariamente, de maneira simétrica, perfeita ou exata.

Está-se a afirmar que é possível promover a dita aplicação mediante um viés restritivo (*restrictive distinguishing*) ou por meio de um *modus* ampliativo (*ampliative distinguishing*).

Isso equivale a dizer que do precedente é possível que seja promovido o emprego restritivo de sua *ratio decidendi* (os motivos jurídicos da decisão), ou, por outro lado, o seu uso ampliativo.

¹⁶⁹ A par destes mecanismos, ou melhor, compreendidas entre eles, poderiam ser citadas, ainda, a existência das seguintes técnicas manejadas no âmbito estadunidenses: A *technique of signaling*, a *transformation* e o *overriding*. Com a primeira ferramenta (*technique of signaling*), percebe-se o desacerto do precedente, e sinaliza-se a perda de sua serventia ou consistência, de modo que se avulta, assim, um prelúdio para ulterior possibilidade de sua revogação. Já na relativa à *transformation*, tem-se que o precedente é dotado de uma *ratio decidendi* inadequada, não obstante acabe por chegar a um resultado correto. Na verdade, há uma relação de incompatibilidade entre o descompasso da *ratio decidendi* e o acerto da decisão. Mesmo assim, procura-se um *ajustamento* para emprego no caso sob julgamento com a *transformação* ou *adaptação* do respectivo precedente que lhe serve de premissa. Por fim, no *overriding*, diante do caso em julgamento, é restringida a aplicação do precedente, como se pretendesse impingir àquele uma espécie de revogação parcial. Disso é possível concluir que o *overriding* tem uma nítida relação de semelhança com a figura do *restrictive distinguishing*. Numa outra perspectiva é possível enxergar estas técnicas como a antessala da revogação (*overruling*) do precedente. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 334 a 337.)

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 327.

Assim é que podendo ser feita uma distinção (*distinguishing*) parcial quanto aos fatos que realmente importam (relevantes) na controvérsia, parcialmente a *ratio decidendi* do precedente poderá ser estendida ao caso sob julgamento.

Da mesma maneira é que sendo possível efetuar uma distinção (*distinguishing*) ampliatória quanto aos fatos relevantes da controvérsia, ampliativamente a *ratio decidendi* do precedente poderá ser estendida ao caso sob julgamento.

Já o emprego da técnica do *overruling* reflete a ideia da revogação implícita (*implied overruling*) ou explícita¹⁷¹ (*plied overruling*) do precedente, tendo em conta que a sua edificação operou-se sob o signo do erro, ou passou a ostentar desincompatibilização social ou jurídica, à vista das transformações próprias decorrentes da marcha das coisas.

Assim é que no momento em que o precedente passa a perder sua relação de compatibilização, de consistência ou de congruência com certos valores sociais ou jurídicos (existentes à época de sua confecção), é possível (e aconselhável) que se lhe imponha a técnica do *overruling*. É preciso lançar mão da iniciativa em favor de sua revogação.

Aduz Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior que os precedentes tornam-se “*incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma inovação tecnológica, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.*”¹⁷²

Não é demais ressaltar, a propósito, que a técnica do *overruling* poderá ser aplicada, no plano horizontal, pelo próprio tribunal que, anteriormente, tenha estabelecido o precedente ou, no plano vertical, relativamente aos precedentes que foram edificados por órgãos jurisdicionais que lhe são inferiores hierarquicamente.

Já no que se refere ao *distinguishing*, é perfeitamente possível que esta técnica seja usada por órgãos jurisdicionais a partir do manejo de precedentes construídos por tribunal que lhe seja superior hierarquicamente, isso, como já se viu,

¹⁷¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedentes judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 152.

¹⁷² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 95.

por meio de verificação analítica e afastamento (distinção) do contexto fático (dos fatos relevantes) daquele mesmo precedente e do caso sob julgamento.

Feitos estes apontamentos no tocante à importância do precedente, seus elementos, sua forma de aplicação e técnicas de superação, parece ser intuitivo concluir por sua relevância para as cláusulas gerais, entre as quais, naturalmente, está inserida a cláusula geral executiva (ou poder geral de efetivação) contida no § 5º art. 461 do CPC.

Exatamente porque a partir do instante em que um órgão jurisdicional tenha se debruçado, a seu tempo e modo, diante de um caso que contenha certos *fatos* e certos *dispositivos* que reflitam cláusulas gerais, de maneira que seja proferida uma decisão, estará, desta forma, estabelecendo um *precedente*.

Será conferida especificidade aos dois eixos do enunciado normativo que contenha uma cláusula geral, vale dizer, será conferida especificidade a um dispositivo vago quanto aos termos inscritos em seu antecedente fático, e quanto ao seu conseqüente jurídico não fixado aprioristicamente.

O precedente, assim, cunhando o dito sentido do antecedente e fixando o conseqüente, passará a funcionar como uma espécie de farol em favor de novas embarcações que cheguem à enseada; vale dizer, de novos julgados a serem proferidos tendo como objeto, exatamente, aqueles fatos e aquelas mesmas espécies de enunciados normativos abertos.

De maneira que nos casos de decisões que tenham tido como objeto uma cláusula geral, a par da *fundamentação argumentativa* bem mais acentuada que já deverá trazer, quando comparada a uma que tenha se lastreado em um enunciado casuístico, por outro lado, certamente terá, ainda, que percorrer a senda d'outras decisões, vale dizer, de *precedentes* que tenham se pautado, igualmente, sobre determinados fatos e, ainda, sobre aquele correlato dispositivo legal que se apresentava como cláusula geral.

E não poderia ser de outro modo na medida em que, tal como dito anteriormente, não seria nada aceitável que fossem construídas soluções antagônicas, por julgados diferentes, que tivessem partido, repita-se, de um conjunto fático semelhante, e, de resto, de um enunciado normativo que contivesse uma mesma cláusula geral.

Realmente, como anotou Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior:

os precedentes, mormente os vinculantes exercem papel fundamental neste particular, pois, se o sentido de uma cláusula geral é construído diante de um caso concreto, ou melhor, se o juiz cria a norma jurídica, para decidir a questão que lhe é apresentada, como se admitir que, diante de fatos semelhantes e diante de uma mesma cláusula geral haja solução diversa? Como ficariam a segurança jurídica e a previsibilidade nessa hipótese?¹⁷³

Como se vê, o sempre, natural e justificado receio quanto aos caros pilares da segurança jurídica, da certeza e da previsibilidade das decisões, não raro, permeiam os apontamentos doutrinários¹⁷⁴, ainda mais e, sobretudo, quando se tem em conta o estudo e a teorização das cláusulas gerais.

Exatamente porque estas espécies de enunciados normativos refletem a face aberta do sistema na forma da fluidez, da vagueza, da porosidade dos conceitos jurídicos indeterminados que, de regra, integram os antecedentes fáticos daqueles textos, bem como, no tons da não fixação, da não eleição do seu correspondente consequente jurídico.

Também em razão destas considerações é que parece não haver dúvidas de que, neste ambiente, a figura dos precedentes assume uma forte função de referencial necessário, diga-se desta forma, relativamente aos julgados que se sucederão no tempo.

Mesmo diante dos apontamentos feitos anteriormente no sentido de que a figura dos precedentes é, sim, parte integrante da realidade do sistema do *civil law*, não parece ser ocioso colecionar a anotação Judith Martins Costa para quem “*as cláusulas gerais aproximam o rígido sistema da civil law ao da common law em razão dos resultados práticos alcançados [...]*”¹⁷⁵,

Com efeito, como é sabido, a construção do direito a partir do caso concreto, e não a partir da previsão abstrata e apriorística do texto legal, não deixa de

¹⁷³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 57.

¹⁷⁴ Nesse sentido, “*é preciso atentar para o fato de que a extrema abertura do sistema não conduza à sua própria desaparecimento, porquanto tal caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentado que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe.*” (MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. RT, n. 680, p. 479, jun. 1992)

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 292.

ser um técnica ou mecanismo, em princípio, mais afeto ao sistema do *common law*, de onde se podem extrair muitas características presentes no sistema brasileiro¹⁷⁶.

Enfim, é de suma importância para o exercício do julgar, diante de enunciados que contenham cláusulas gerais, o exame minucioso do atalho trilhado por precedentes.

Noutras palavras, tudo o quanto se disse quanto à identificação dos *elementos* do precedente (fatos relevantes que ensejam a controvérsia e a *ratio decidendi*), bem como quanto à sua *aplicação* (extensão da *ratio decidendi*), deve ser cotejado num caso sob julgamento que contenha uma cláusula geral.

Igualmente, não é prescindível que se disponham, também diante de uma cláusula geral, para o caso de superação de um precedente, das técnicas do *distinguishing* (restritivo ou ampliativo) e do *overruling*.

Essas serão realidades a serem enfrentadas diante de confrontação do precedente e do caso a julgar quando, ambos, tragam consigo uma ou mais cláusula geral.

Nesse sentido é importante, ainda, que se aluda ao chamado *método de grupo de casos*.

Com efeito, é possível dizer que a *aplicação* dos precedentes, no âmbito das cláusulas gerais, equivale à aplicação da *ratio decidendi* originária de um *grupo de casos* em favor de um caso concreto a ser julgado.

Do mesmo modo, é possível afirmar que as técnicas de *superação* de precedentes, também no âmbito das cláusulas gerais, equivalem à aplicação do *distinguishing* e do *overruling*, tendo em conta um *grupo de casos*.

É necessário, assim, que se promovam alguns apontamentos sobre a relação entre as cláusulas gerais e o *método do grupo de casos*.

Dada a imaterialidade, diga-se assim, dos sistemas (ou subsistemas) que contenham cláusulas gerais, na Alemanha, desenvolveu-se um método próprio para

¹⁷⁶ De fato, no sistema brasileiro há a figura dos códigos, herança do *civil law*, mas, diferentemente deste modelo, no Brasil, há o regime *judicial review*, de modo que todas as causas, ainda que envolvam o Poder Público, são submetidas ao Poder Judiciário; inexistente o contencioso administrativo; há os princípios constitucionais que são aplicados sem intermediação de regras; o controle difuso de constitucionalidade; um complexo modelo de precedentes, com súmulas, súmulas vinculantes etc., de maneira que o sistema brasileiro parece se apresentar de forma híbrida ou mestiça. (ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007)

melhor conferir aplicabilidade àquelas espécies de enunciados normativos, exatamente, a partir do estudo dos precedentes.

Trata-se do chamado *método do grupo de casos* (*Fallgruppenmethode*), onde se promove uma espécie de *prateleiramento* ou ajuntamento de casos que tenham sido fundamentados em certos enunciados que contenham cláusulas gerais de que lhe corresponda determinado cenário fático.

Promove-se, desta maneira uma espécie de adensamento de julgados, diga-se assim, ligados pelo cenário fático-normativo.

Esclarece Fabiano Menke como funciona o mecanismo em questão:

compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas.¹⁷⁷

Como pode se ver, inicialmente, à luz de determinado enunciado e contexto fático, faz-se o uso de um expediente comparativo, de modo que de um lado avista-se o *caso* a decidir, e de outro, isoladamente, *casos* já decididos e que integram o grupo.

Havendo uma relação de identidade entre os fatos contidos no caso a decidir e os já decididos, bem como comunhão quanto ao respectivo enunciado normativo (que traz uma cláusula geral), seria possível que se promovesse a integração do caso noviço ao grupo, ainda, de modo que aquele, deste último, já aproveitaria a respectiva *ratio decidendi* para o fim de que seja proferida a correspondente decisão judicial.

Impende realçar, como lembra Fredie Didier Jr., que:

a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* (núcleo do precedente judicial) dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.¹⁷⁸

¹⁷⁷ MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 82.

¹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 44.

É, de fato e a propósito, a *ratio decidendi*, e não os outros aspectos dos precedentes, que consiste no real elemento de interesse na aplicação do *método do grupo de casos*.

Deste modo é que, o que não for a *ratio decidendi* figurará como *obter dictum*¹⁷⁹, que, a sua vez, a despeito de possuir eventual importância lateral ou paralela, não terá relevância ou serventia no uso do método de grupo de casos, vale dizer, do grupo de precedentes.

Disso avulta-se muito importante bem compreender, definir e delimitar a *ratio decidendi*, de modo que assim seja possível se iniciar, adequadamente, a *criação*, diante de uma certa cláusula geral, de um grupo de casos.

De fato, caso tal identificação¹⁸⁰, a cargo do julgado que sucederá o originário (que lhe é *precedente*), uma vez realizada de forma trôpega, resultará na gênese de um grupo de casos igualmente defeituoso.

Enfim, diante da identidade ou semelhança do contexto fático-normativo entre um grupo de casos (de *precedentes*) e um caso sob julgamento, deve-se promover a aplicação da *ratio decidendi* oriunda daquele primeiro em favor deste último.

Em razão do que foi dito alhures, também parece ser possível concluir, decerto, que as técnicas de superação do precedente (*distinguishing* e do *overruling*) poderão validamente ser utilizadas no âmbito do método do grupo de casos.

Sim, porque diante da hipótese em que, de um lado, exista um caso concreto sob julgamento, que trate de certos fatos e de certa cláusula geral, e, de outro, tome-se como paradigma um determinado grupo de casos (de precedentes), de onde se pretenda extrair à respectiva *ratio decidendi*, é possível, sim, promover a técnica da distinção (*distinguishing*) quanto aos fatos relevantes dos casos sob comparação, de modo a não aplicar o precedente, aplicá-lo parcialmente ou ampliativamente.

¹⁷⁹ De fato, o entendimento do que vem a ser um *obter dictum* derivar de uma negativa ou de uma exclusão. O que não integrar a *ratio decidendi*, ostenta a condição de *obter dictum*, de maneira que o que não derivar da tese ou princípio jurídico em razão do qual se fundamenta a decisão, será *obter dictum*.

¹⁸⁰ “[...] a definição do que seja *ratio decidendi* e *obter dictum* de um precedente se torna ainda mais relevante, na medida em que tais institutos não são pontuados ou individualizados pelo órgão julgador que profere a decisão, mas, sim, pelos juízes dos casos posteriores. Por conseguinte, de logo, cumpre ressaltar que o equívoco na identificação da *ratio decidendi* de determinado precedente pode, inclusive, enfraquecê-lo, já que este acaba por não ser seguido, em decorrência de uma distinção indevida”(ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 72.)

Sob outra perspectiva, parece ser possível, mormente quando se tem em conta o *implied overruling*, efetuar a “revogação” do grupo de casos que tenha sido edificado de forma inadequada, ou que já tenha se desbotado à vista de um novo horizonte social ou jurídico, para o qual foram incorporados valores que fizeram aquele grupo perder a sua consistência.

Pelo que se pôde ver, seja derivada de um precedente, seja egressa de um grupo de casos, a *aplicação* da respectiva *ratio decidendi* será muito útil em favor de um caso que diga respeito à adoção de uma medida coercitiva não fixada no § 5º art. 461 do CPC, e o mesmo pode se dizer quanto às suas técnicas de *superação*.

Assim é que, diante de um certo contexto fático, os motivos pelos quais (*ratio decidendi*) num precedente, ou num grupo de casos, editou-se uma decisão que acabou por *criar* um consequente não fixado previamente pelo § 5º art. 461 do CPC, poderão ser aproveitados ou estendidos em favor de um caso sob julgamento.

Neste cenário o juiz terá o dever de soerguer sua argumentação com precisão, de modo que justifique a pertinência da absorção da *ratio decidendi* derivada de um precedente, ou do grupo de casos, bem como, ainda, de forma que realce a eleição da medida não prevista no § 5º art. 461 do CPC, à conta do postulado da proporcionalidade.

Tratando-se de uma hipótese que reflita o *primeiro* exercício judicante sobre uma determinada realidade fática, de modo que seja a *primeira* oportunidade em que sobre esta mesma realidade far-se-á o uso do § 5º art. 461 do CPC, inexistindo, portanto, *precedentes* ou *grupo de casos* como apoio, terá o juiz, sem dúvidas, um ônus argumentativo muito maior, ainda, na construção de sua decisão.

Terá que detalhar e fundamentar sua decisão, sobretudo, à luz do postulado da proporcionalidade, por meio do exame da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Será preciso descrever, desta maneira, no que se refere à adoção (criação) da medida, à luz do § 5º art. 461 do CPC, a relação de *causalidade* entre os elementos *meio* e *fim*, de forma que se demostre: a) que a medida a ser criada conseguirá alcançar o seu *fim* (adequação); b) que entre as medidas possíveis, e adequadas, de serem manejadas, será pinçada a que represente menor gravame ao direito fundamental do destinatário do cumprimento da ordem (necessidade); c) e se os

benefícios decorrentes do alcance do fim, correspondem aos malefícios decorrentes da adoção do meio (proporcionalidade em sentido estrito)¹⁸¹.

Nesse sentido, é sobretudo importante que, realmente, não se perca de vista, tal como se disse no item 3.6. do presente trabalho, que todos esse elementos deverão ser conjugados sob o pálio de um modelo *cooperativo* de processo.

Exatamente, tal como já se disse, porque diante de um caso concreto que *não* tenha como referência um *precedente* ou *um grupo de casos*, o ônus argumentativo do magistrado será consideravelmente mais alto.

Sendo mais alto, portanto, sobreleva-se mais importante, ainda, que a decisão do juiz tenha derivado de um contexto dialético, especialmente, no que toca à aplicação do postulado da proporcionalidade.

Realmente, sem derivar da *comparticipação* a fundamentação judicial *não* estará completa e adequadamente edificada. Nesse sentido, anotou Daniel Mitidiero que:

Fere a natureza do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais. A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa [...]

A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas¹⁸².

Também foi nesse mesmo sentido a advertência feita por Leonardo Carneiro da Cunha, para quem o modelo cooperativo do processo, realmente, envolve a consagração de um dever de fundamentar adequadamente as decisões.¹⁸³

Ainda quanto ao *método do grupo de casos*, parece ser importante pelo menos se permitir imaginar que essa técnica poderia gerar, curiosamente, com o passar do tempo, e de certa maneira, o que diz Luís Roberto Barroso quando descreve que as

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010. p. 163-164.

¹⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 139.

¹⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*. RT, 2012, v. 209.

novas manifestações da metodologia jurídica poderiam representar um avanço, ou, por outro lado, poderiam também representar uma espécie de volta ao passado.

Poderiam, assim, refletir um movimento circular a resultar numa *guinada* de 360 graus.¹⁸⁴

Isso porque a longa reiteração de julgados que tenham como ponto comum certos fatos e certo enunciado que se revista sob a forma de uma cláusula geral, poderia conspirar em favor da *criação* de um novo engessamento por meio da existência de grandes catálogos de grupos de casos.

Seria como se os referidos catálogos – *mutatis mutandis* – pudessem assim tomar as vestes de novas formas de codificação (admita-se a hipótese apenas como exercício), de modo que o método da concretização fosse paulatinamente sendo substituído pelo antigo formato do método da subsunção, desta feita, do fato não mais ao texto de um dispositivo casuístico, e, sim, deste mesmo fato ao núcleo (*à ratio decidendi*) de um grupo de casos.¹⁸⁵

O que pode (e deve) dificultar o soerguimento desta realidade indesejável está ligado, justamente, ao fato de que o método ou modelo de grupo de casos deve ser levado em conta como mais uma ferramenta na aplicação das cláusulas gerais, mas não, certamente, a única.

Nesse sentido é bem de ver, como se disse acima, que a par do manejo do método do grupo de casos (precedentes) impende que se atente, especialmente, à fundamentação da qual deve lançar mão o juiz quando decida com base num enunciado que traga consigo uma cláusula geral, tema que será, logo adiante, revisitado.

Seja como for, parece ser inegável que a aplicação do precedente e da técnica do grupo de casos (aproveitamento da *ratio decidendi*), assim como o emprego das técnicas de suas superações, a um caso sob julgamento, é de suma relevância no ambiente das cláusulas gerais, da qual é exemplo, naturalmente, a contida a do § 5º art. 461 do CPC.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em 06 de fevereiro de 2011.

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011, p. 45.

6. O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES FUNDAMENTADAS OU PAUTADAS EM CLÁUSULA GERAIS PROCESSUAIS

Como já se sabe, as cláusulas gerais processuais, assim como os conceitos jurídicos indeterminados, são espécies do gênero enunciados normativos abertos. Estes, a sua vez, apresentam-se sob configuração distinta quando comparados aos chamados enunciados normativos fechados (ou casuísticos).

Já se disse. Os enunciados normativos *fechados* carregam *antecedente fático* composto por termos precisos ou determinados e *consequente* já devidamente fixado ou eleito pelo legislador, ao passo que os textos normativos *abertos*, que ostentem o signo de uma *cláusula geral processual*, são portadores, *comumente*¹⁸⁶, de antecedentes integrados por termos vagos ou fluídos, e sempre são marcados pelo *não* estabelecimento ou fixação *prévia*¹⁸⁷ de seu consequente.

Assim, não é ocioso reiterar que diante da hipótese da aplicação de um dispositivo legal como este (aberto), impõe-se ao juiz que *preencha* o sentido ou o conteúdo semântico do(s) conceito(s) jurídico(s) indeterminado(s) que reside(m) no antecedente fático do enunciado, bem como *estabeleça, fixe* ou *eleja* o correspondente consequente (ou efeito jurídico) para fim de solver o caso concreto que se lhe foi legado pelas partes.

Neste exercício, portanto, a construção do direito opera-se *a posteriori* e a partir do caso concreto (e não abstratamente), de maneira que a atividade do juiz trará consigo fortes matizes de criatividade.

As cláusulas gerais, portanto, como se tem consignado, avultam como espécies de *janelas* abertas no sistema processual¹⁸⁸, de modo a propiciar o arejamento para a chegada de ventos que possam¹⁸⁹ trazer elementos como valores, *standards*¹⁹⁰,

¹⁸⁶ Vale lembrar que um enunciado normativo contenha apenas termos vagos ou fluídos em seu antecedente fático e, quanto ao seu consequente, apresente solução já previamente eleita ou fixada, no que encerrará um caso, tão somente, de um texto legal que exemplifique um conceito jurídico indeterminado. Pode-se *construir*, também e por outro lado, um enunciado normativo que contenha, em seu antecedente, termos precisos e determinados e, no que se refere ao seu consequente, solução (ou soluções) não eleita previamente. Será o caso de uma cláusula geral processual.

¹⁸⁷ Vale lembrar que nalguns casos o efeito jurídico é previsto pelo legislador de forma enunciativa (prevê apenas alguns), de maneira que poderá o magistrado estabelecer ou eleger outros consequentes não dispostos em lei. É justamente o caso do § 5º do art. 461 do CPC.

¹⁸⁸ Obviamente que as afirmações aplicam-se igualmente às cláusulas gerais de direito material.

¹⁸⁹ Eventualmente, a fixação ou eleição do consequente decorrente de uma cláusula geral pode advir do próprio ordenamento jurídico, inclusive, até de diretrizes constitucionais. Assim é que não necessário que a destacada fixação do mencionado consequente conte, sempre, com a *importação* de elementos

diretrizes sociais, políticas e econômicas, elementos estes, inclusive, antes, possivelmente, extra-sistemáticos, o que, em última análise, também conspira em favor do exercício do poder criativo do juiz.

A par da revisitação feita a estes conceitos, não parece ser demasiado lembrar que o ato decisório de um juiz é passível de controle por meio do manejo dos respectivos recursos compreendidos e distribuídos em lei.

Assim é que, por vezes, quando o próprio juiz não promover o *desfazimento* de seu ato, diga-se desta forma, como é o caso, por exemplo, da cognição que irá exercer diante do recurso de embargos de declaração, o tribunal poderá fazê-lo, justamente, ao se deparar com as tais decisões de instância inferior, quando do exame de instrumentos recursais outros com os quais venha a lidar.

Seja como for, não deve sobressair, de fato, qualquer espécie de dúvida, no sentido de que é, natural e obviamente, muitíssimo mais conveniente e simples que se promova o controle de uma decisão judicial, por meio do competente recurso, *quando o fundamento de edição deste mesmo ato esteja inteiramente descrito ou tipificado em lei.*

Quer-se dizer: quando o fundamento do ato judicial tiver sido egresso de um enunciado normativo fechado (ou casuístico).

Exatamente porque o grau de subjetividade do ato judicial a ser atacado, e reavaliado em via recursal, é, de ordinário, consideravelmente mais baixo nas ocasiões em que as *opções* que tinha o magistrado, responsável por sua edição, estivessem ao seu dispor, desde já, aprioristicamente descritas em lei.

Imagine-se o caso das medidas de que poderia se valer o magistrado num sistema processual pautado, cerradamente, pelo princípio da tipicidade dos meios executivos, por exemplo, e, assim, integrantes, portanto, de uma realidade mais fechada.

Vale dizer, imagine, apenas por hipótese, que o sistema brasileiro fosse quase que integralmente fechado, e que, portanto, as medidas contidas no § 5º art. 461 do CPC fossem apresentadas sob o signo do *numerus clausus*, de modo que para o fim de promover a efetividade da tutela específica ou do resultado prático que lhe fosse

assistemáticos (ou extra-sistemáticos). Importa dizer, ao final, que, tanto no caso utilização de elementos integrantes do sistema ou dele não integrantes (assistemáticos), haverá exercício do poder criativo do juiz.¹⁹⁰ Os standards estariam ligados a máximas de conduta, a arquétipos exemplares de comportamento aceitáveis sob determinadas circunstâncias. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 43)

equivalente, o juiz *apenas* pudesse impor multa por tempo de atraso, determinar busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e, por fim, o impedimento de atividade nociva.

Em casos como tais, o magistrado estaria obrigado a palmilhar seus expedientes executivos, unicamente, à luz de um dos utensílios ou ferramentas já descritos (já tipificados) na própria lei.

Desta forma, o (des)acerto de sua decisão, quanto ao uso daqueles mesmos instrumentos, poderia ser avaliado pelo órgão revisor com arrimo num critério nitidamente objetivo, justamente tendo em conta a tipicidade a que presentemente se referiu.

Tomando-se por base, ainda, a hipótese de expedientes instrumentais executivos, há de se convir que, a realidade mencionada nos parágrafos antecedentes será sobremodo diferente em casos havidos no âmbito de *um sistema processual mais aberto, onde não se encontre, de forma taxativa, a disposição das citadas ferramentas.*

É exatamente o caso do preceito contido no § 5º art. 461 do CPC, aqui tomado, por todos, como um exemplo de uma cláusula geral processual, e que se refere ao poder geral de efetivação, a partir da qual, serão analisados aspectos relativos à fundamentação de decisões judiciais pautadas nestas espécies de enunciados normativos abertos.

De fato, a cláusula geral executiva a que se refere o enunciado vertente confere ao magistrado, como já se sabe, a possibilidade de adotar as *medidas que reputar necessárias ou adequadas ao caso concreto*, e isso para o fim de obter o cumprimento¹⁹¹ das correspondentes obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa¹⁹².

Vale, ainda, realçar, como é sabido, que aquele mesmo juiz não está submetido às providências *sugeridas*¹⁹³ pelo legislador, tampouco, ao próprio pedido, de providência executiva solicitado pela parte, de modo que resta evidenciada a quebra não

¹⁹¹ Importa que se lembre, a propósito, que nas obrigações *personalíssimas*, v.g., em caso da real impossibilidade de cumprimento do seu conteúdo por meio, inclusive, das medidas expressas ou *inexpressas* no sistema processual, haverá, ao final, a execução de prosseguir por meio da sub-rogação.

¹⁹² Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

¹⁹³ § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

só do princípio da tipicidade dos meios executivos, como também o da adstrição ou congruência.

Assim é que diante de uma decisão judicial pautada num enunciado normativo que contenha uma cláusula geral processual¹⁹⁴, como é o caso, justamente, do § 5º art. 461 do CPC, o exercício do correspondente controle recursal irá se revelar mais complexo, especialmente, quando comparado ao levado a efeito a partir de enunciados normativos casuísticos (ou fechados).

E, desta forma o será, justamente porque a própria edição do ato *primário* praticado pelo juiz (sua decisão), igualmente, será dotada de maior complexidade, considerando-se, inclusive, a partir do exemplo tomado por empréstimo (§ 5º art. 461 do CPC), que aquele mesmo ato prestou-se a adotar medidas executivas cuja correspondente previsão não estava objetivamente descrita no enunciado normativo.

Essa é, certamente, uma tarefa dotada de uma maior complexidade.

Em suma: é preciso estar atento às premissas que serão *utilizadas* (precedentes ou grupos de casos) ou *superadas* (*distinguishing* ou *overruling*), e os fundamentos sobre os quais repousarão os propósitos de uma decisão judicial lastreada em enunciados normativos abertos, como é o caso, por exemplo, do preceito contido no § 5º art. 461 do CPC.

No particular, já se viu, lembre-se, que, sem embargo das *sugestões* apresentadas pelo legislador no corpo do § 5º art. 461 do CPC (rol apenas exemplificativo), a fixação das *medidas mais adequadas e necessárias* (não inscritas ou previstas) para que seja solvido o caso concreto, vale dizer, a eleição deste conseqüente jurídico deve ficar ao ponderado exame judicial.

Assim é que parece ser conveniente, como suscitado acima, que se construam algumas indagações. Com efeito, até onde poderá ir o juiz quando da edição de um ato decisório fundamentado numa cláusula geral processual?

Até onde poderá ir o magistrado ao eleger um conseqüente jurídico tal qual lhe franqueia, por exemplo, o permissivo do art. 461, § 5º do CPC?

¹⁹⁴ O enunciado normativo em referência é tomado como exemplo. Naturalmente, as considerações que presentemente são feitas quanto ao controle judicial de decisões fundamentadas em cláusulas gerais processuais, a toda evidência, aplicam-se, exatamente, às demais cláusulas gerais processual que integram o sistema processual nacional.

Nesse passo, a toda evidência, faz parte do senso ordinário das pessoas equilibradas e orientadas a ideia segundo a qual, quanto maior o poder fraqueado a alguém, nessa mesma atribuição estará contida, naturalmente, uma acentuação importante da correspondente carga de responsabilidade.

No particular, anotou Luiz Guilherme Marinoni que:

[...] as normas processuais abertas não apenas conferem maior poder para a utilização dos instrumentos processuais, como também outorgam ao juiz o dever de demonstrar a idoneidade de seu uso, em vista da obviedade de que todo poder deve ser exercido de maneira legítima. Se antes o controle do poder jurisdicional era feito a partir da tipicidade, ou da definição dos instrumentos que poderiam ser utilizados, hoje esse controle é mais complexo e sofisticado.¹⁹⁵

Assim, parece que a forma de demonstração da idoneidade do uso daqueles instrumentos processuais, que, a seu turno, refletirá (ou não) na legitimidade do ato decisório a ser confeccionado pelo juiz, consiste, ao final e em síntese, na fundamentação a que se refere o art. 93, IX¹⁹⁶ da CF/88, de forma que se avulta crucial, a partir desta premissa, perquirir-se se haveria (ou não) de se cogitar do manejo de critérios específicos para a construção desta mesma fundamentação.

Vale dizer: haverá de se seguir alguma espécie de critério para fins não só da edição, mas também do controle do ato decisório que se lastreou numa cláusula geral processual?

A resposta é afirmativa.

Primeiramente, é preciso que se leve em conta a existência (ou não) de *precedentes*, ou de um *grupo de casos*, que já tenham se detido sobre o mesmo (ou semelhante) conjunto fático-normativo.

Sim, porque na eventualidade de existir um ou outro, será preciso que na edição do ato judicial *primário* (na decisão), ou no exame recursal, o juiz ou tribunal, conforme o caso, promova uma descrição detalhada que dê conta dos motivos pelos

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

¹⁹⁶ “IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” [grifos acrescentados]

quais ele *tomou* daquele precedente, ou de um grupo de casos, a correspondente *ratio decidendi*, do mesmo modo que terá de descrever onde reside a identidade ou semelhança, entre a hipótese paradigma e o caso sob cotejo, quanto aos respectivos fatos relevantes.

Em caso de aplicação parcial ou ampliativa do precedente, ou de um grupo de casos, quer dizer, na eventualidade de fazer o uso *parcial* ou *ampliativo* de sua *ratio decidendi*, deverá, também de forma detalhada, descrever, respectivamente, o emprego da técnica do *restrictive distinguishing* ou do *ampliative distinguishing*.

Por outro lado, na hipótese de ter de afastar ou superar o uso de um precedente, deverá, igualmente, promover descrição detalhada das razões pelas quais assim o fez, por meio da técnica do *overruling*.

Acresça-se a tais apontamentos relativos ao uso de uma *ratio decidendi*, do *distinguishing* ou do *overruling*, conforme o caso, a necessidade, outrossim, de detalhamento quanto manejo do *postulado* da proporcionalidade.

Para Luiz Guilherme Marinoni esse:

[...] controle pode ser feito a partir de duas sub-regras da regra da proporcionalidade, isto é, das regras da adequação e da necessidade. A providência jurisdicional deve ser: i) adequada e ii) necessária. Adequada é a que, apesar de faticamente idônea à proteção do direito, não viola valores ou direitos do réu. Necessária é a providência jurisdicional que, além de adequada, é faticamente efetiva para a tutela do direito material e, além disso, produz a menor restrição possível ao demandado; é, em outras palavras, a mais suave.¹⁹⁷

Tomando por referência as anotações acima transcritas, em letras bem mais miúdas, atenderia à proporcionalidade a medida que, objetivamente, fosse *funcional* e que *não violasse* os direitos de seu destinatário, tampouco lhe apresentasse onerosidade¹⁹⁸ demasiada.

¹⁹⁷ Idem. *Ibidem*.

¹⁹⁸ No particular, a concretização da medida *adequada e necessária*, portanto, proporcional, encontra como elemento integrativo disposição já residente no sistema processual que, a seu turno, igualmente reveste-se sob a forma de uma cláusula geral, de modo que é ao magistrado que competirá eleger ou estabelecer qual o meio mais *leve* ou menos *gravoso* de se efetuar a execução. Está-se a referir ao enunciado normativo do art. 620 do CPC para quem “*Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.*”

É preciso, entretanto, também acrescentar como elemento a ser exercitado a partir do *postulado* da proporcionalidade, além da *adequação* e da *necessidade*, a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Desta maneira é que levando em conta a verificação da relação de causalidade entre o *meio* (não previsto no § 5º do art. 461 do CPC) e *fim* (efetivação da tutela específica ou resultado útil equivalente) é preciso que se proceda aos seguintes exames:

o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).¹⁹⁹

De fato, tendo em conta o uso da cláusula geral executiva a que alude o § 5º do art. 461 do CPC, parece que o socorro ao *postulado* da proporcionalidade, mediante a conjugação trifásica das normas que lhe dizem respeito (adequação e necessidade e proporcionalidade estrita), revela-se como instrumento valioso na *construção* da correspondente decisão judicial e, conseqüentemente, no exercício de reavaliação desta mesma decisão que poderá vir a ser feita na esteira do competente recurso.

A partir deste raciocínio e ampliando-se a lente desta espécie de cláusula geral (a executiva) para as demais, pode-se concluir que a decisão judicial que tenha sido lastreada numa destas espécies de enunciados normativos abertos deverá, em última análise, observar e adotar conformidade com o princípio do devido processo legal²⁰⁰.

Integrando os apontamentos anteriores, impõe-se atentar, ainda no contexto da construção da referida fundamentação, às particularidades das situações de direito material que, ao fim de tudo, são as que acabam por resultar ou ensejar no manejo das medidas executivas, diga-se assim, *não escritas*.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010. p. 163-164.

²⁰⁰ Não é demais que lembrar que o devido processo legal, a sua vez, ostenta a condição de uma cláusula geral processual. A bem da verdade a própria cláusula geral executiva do § 5º do art. 461 do CPC é um de seus desdobramentos ou vertentes, na medida em que só atenderá àquela cláusula descrita no inciso LIV do art. 5º da CF/88, o processo judicial que conduza o direito certificado em sua fase de conhecimento à sua realização *efetiva*.

É realidade igualmente refletida quando se tem em conta os consequentes (ou efeitos jurídicos) que devem ser eleitos ou fixados no âmbito de qualquer espécie de cláusula geral processual.

Realmente, “*as modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito material.*”²⁰¹”

Assim é que a identificação cautelosa e detalhada das necessidades do direito material implicará o conhecimento mais preciso da tutela pretendida (ou específica) e, por via de consequência, o domínio do estabelecimento (ou eleição) da forma mais eficaz (necessária) para o fim de obter o seu cumprimento.

Com a ultrapassagem, em curso, das premissas sobre as quais repousou o *espírito* das codificações nacionais, herdeiras, a sua vez, das codificações oitocentistas europeias, parece não mais restarem dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere ao Código Civil e de Processo Civil, tem se afigurado como terreno muitíssimo fértil para a recepção de enunciados normativos abertos, dos quais se apresentam como espécies as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

De maneira que os diplomas em referência, diferentemente do que acontecia com os seus antecessores, são dotados de uma expressiva mobilidade, flexibilidade e, assim, durabilidade, exatamente porque podem contar com a presença, em seu corpo, de enunciados normativos abertos, responsáveis pela possibilidade de ingresso, no sistema, de valores, de *standards*, e de diretrizes políticas, sociais e econômicas, elementos estes, que, por sua natureza são dados a marchar com o contexto e com as transformações próprias da história.

Certamente não se pode olvidar que tais diplomas não são (tampouco deveriam sê-lo) compostos, à integralidade, de enunciados daquela natureza. Muito pelo contrário. É importante, assim, que possam conter, também, enunciados normativos do tipo casuístico (ou fechado), exatamente porque se, por um lado, os enunciados abertos ensejariam uma grande insegurança no sistema, por outro, os fechados o tornariam sobretudo enrijecidos.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 61.

Há que se fazer outra ressalva. É que, em relação ao Código de Processo Civil, é obvio que se está muito mais a referir ao seu contexto atual, decorrente das inúmeras reformas que se lhe foram impressas, do que aos seus matizes originários.

Ademais, avizinha-se a chegada de um novo Código de Processo Civil, tal qual anunciou o PLS nº 166/2010. E, justamente neste contexto, já merecia destaque, na redação originária do projeto, o conteúdo do parágrafo único de seu art. 472.

Tal enunciado normativo teve o mérito de mostrar preocupação em estabelecer *critérios* para a fundamentação de decisões judiciais lastreadas em enunciados normativos abertos, além fazer o mesmo quanto à colisão de normas jurídicas.

Eis a sua dicção com grifos que lhe foram acrescentados:

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em *regras* que contiverem *conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais* ou *princípios jurídicos*, o juiz deve expor, *analiticamente*, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das *peculiaridades do caso concreto*, não aplicou princípios colidentes.

O enunciado traz *pecados* e predicados.

Uma de suas virtudes parece estar contida na imposição de a fundamentação apresentar-se de forma analítica. Não que a sentença fundamentada num enunciado normativo fechado não deva ser confeccionada também de maneira analítica, de modo que venham a ser pormenorizados todos os aspectos contidos no ato judicial.

Mas é que sendo esta imposição (exposição *analítica*) - *que não está contida no correspondente texto atual (art. 458 do CPC)* - expressa, parece querer evidenciar um apelo mais firme ainda a reclamar uma cautela maior na confecção da fundamentação de decisão arrimada de enunciado normativo aberto.

De maneira que talvez seja possível acoplar tudo o quanto se afirmou, no que se refere à justificação das escolhas condizentes na adoção da medida mais

adequada e necessária e estritamente proporcional, à propugnada exposição analítica do sentido em que as normas²⁰² foram compreendidas.

Em resumo: há que se proceder a uma exposição, sobremodo esmiuçada, no que se refere ao preenchimento de *conceitos jurídicos indeterminados* que integrem o antecedente fático, bem como em relação à *adequação*, a *necessidade* e à proporcionalidade estrita quanto à *eleição* ou *escolha* do correlato consequente (ou efeito jurídico) do enunciado normativo apresentado como aberto.

É preciso que se conjuguem essas premissas, repita-se, já no ato *primário*, de edição não só de sentença, mas de qualquer ato decisório do juiz pautado num enunciado normativo aberto.

Se o preceito legal comporta por um lado um *propósito* elogiável, não é menos verdade que, carrega, por outro e, ao mesmo tempo, defeitos em sua dicção.

Realmente, parece apresentar-se o dispositivo num formato um tanto quanto confuso no que tange ao seu referencial teórico.

Com efeito, na passagem das expressões de que se socorre, acaba por confundir *regra* com *enunciado normativo*, inserindo-os, equivocadamente, na condição de termos sinônimos.

Ademais, acaba igualmente embaraçando, diga-se assim, as ideias de regras e princípios.

Com efeito, como se pode inferir da letra acima transcrita, aduz o parágrafo único do art. 472 do projeto do novo código, *em seu antecedente fático*, que na hipótese de fundamentar-se a sentença em *regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos* [...]

Ora, primeiro fez-se o uso da expressão *regra* como sinônimo de *enunciado normativo*. O que é um erro.

A bem da verdade, de um enunciado normativo poderá ser extraída uma *norma-regra* ou uma *norma-princípio*, tal como se disse passagens anteriores.

²⁰² Aqui, como se verá, reside uma imprecisão. A bem da verdade a dicção refere-se a norma quando deveria fazer alusão a enunciado normativo ou texto legal.

Quer-se dizer: no ato de interpretação do enunciado normativo (ou texto legal) extrai-se uma daquelas espécies de norma (um princípio ou uma regra).

Deste raciocínio já decorre a conclusão que uma regra não pode conter um princípio jurídico, tal como suscitou o texto legal sob referência. Exatamente, repita-se, porque regra e princípio são espécies normativas.

Ademais, não é adequada a assertiva segundo a qual uma regra poderá conter um conceito jurídico indeterminado ou uma cláusula geral.

Nesse sentido, já se viu ao longo deste trabalho, exatamente, que o *enunciado normativo* (ou texto legal) poderá apresentar ou conter um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula geral processual ou, noutros casos, ambas as figuras.

Não é por outra razão que ao afirmar - *já no conseqüente ou efeito jurídico do parágrafo único do art. 472 sob exame* -, que a fundamentação deverá corresponder a uma exposição analítica quanto ao sentido em que as *normas* foram compreendidas, acaba por incorrer, novamente, em erro.

Exatamente porque deveria aludir à expressão *enunciado normativo* e não ao produto de sua interpretação (a norma).

No que se refere ao trecho derradeiro do dispositivo legal, também não assistiu melhor sorte à sua redação.

Assim é que, à luz daquela dicção, impõe-se ao juiz que demonstre as *“razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.”*²⁰³

²⁰³ É preciso que se diga que a versão atualizada do Projeto do NCPC, com a redação que lhe foi conferida pela emenda nº1 – CTRCPC – substitutivo ao PLS nº 166/2010, imprimiu, entre outras, modificações ao enunciado normativo que trata dos critérios de fundamentação de decisões pautadas em enunciados normativos abertos. Com efeito, o enunciado estava contido no parágrafo único do art. 472 do texto originário. Agora, encontra-se no parágrafo único do art. 477 do projeto, que, a sua vez, encontra-se inserido em seção que se refere aos requisitos e efeitos da sentença. Eis a sua dicção: *“Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.”*. Com efeito, manteve-se, até agora, idêntica redação ao texto anterior até a palavra *compreendidas*. Excluiu-se do enunciado: *“demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.”*. Em essência, parece que o que se disse quanto aos *pecados* e *predicados* da primeira redação, pode ser aplicado à atual.

Neste particular, a observação a ser feita é que se imprimiu uma realidade reducionista quando se referiu à possibilidade de existência de conflitos, unicamente, no âmbito dos princípios.

Realmente, “*não há razão para restringir a possibilidade de conflito de normas aos princípios. Pode haver conflito normativo entre uma regra e um princípio, entre duas regras e, obviamente, entre dois princípios.*”²⁰⁴,

Há, ainda, uma última imperfeição ligada à técnica legislativa empregada ao enunciado sob exame.

É que, de fato, parece não ser conveniente²⁰⁵ “*misturar, em um mesmo dispositivo, dois problemas distintos: a aplicação de textos normativos vagos e a solução do conflito entre normas jurídicas. Trata-se de problemas para cuja solução de exige metodologia diversa.*”²⁰⁶,

É preciso que não seja desperdiçada a oportunidade franqueada por um enunciado normativo que se propõe a estabelecer critérios para a fundamentação de decisões²⁰⁷ que tenham como suporte textos legais abertos.

Ainda mais em uma realidade que tem incorporado, com frequência, estas espécies de preceitos tanto aos sistemas jurídicos materiais, quanto aos processuais.

Por outro lado, não menos importante revela-se a necessidade de se promover uma *customização*²⁰⁸ do texto presentemente referido, de maneira que se lhe

²⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Editorial 107: Fundamentação das decisões judiciais que interpretem textos normativos abertos e resolvam conflitos normativos* (art. 472, par. Ún., NCPC), 2010. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=429>>. Acesso em: 09 fev. 2012

²⁰⁵ Neste ponto, realmente, parece ter sido interessante e adequado que se tenha excluído a questão referente aos conflitos normativos do âmbito do enunciado em questão, por meio da emenda nº1 – CTCPC – substitutivo ao PLS nº 166/2010, tal como foi dito em nota anterior.

²⁰⁶ Idem. *Ibidem*.

²⁰⁷ Parece ser imprescindível que não se cinjam a sentenças!

²⁰⁸ Fredie Didier Jr. e Humberto Ávila propuseram duas interessantes versões para a edificação customizada do referido enunciado. Uma mais sintética, outra analítica. Eis a primeira: “*Art. 472. (...) § 1º No caso de enunciados normativos compostos por termos juridicamente indeterminados, o órgão jurisdicional deve expor, com clareza e precisão, as razões que fundamentaram a sua interpretação. § 2º No caso de colisão entre princípios, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.*” A segunda tem a seguinte dicção: *Art. 472. (...) § 1º No caso de enunciados normativos compostos por termos juridicamente indeterminados, o órgão jurisdicional deve expor, com clareza e precisão, as razões que fundamentaram a sua interpretação. § 2º No caso de colisão entre princípios, o órgão jurisdicional deve justificar: I – a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; II – a capacidade de ponderação dos princípios envolvidos, a comensurabilidade*

confira uma espécie de *freio de arrumação* em favor de um referencial teórico condizente com conceitos como os de enunciado normativo, norma, princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Seja como for, de tudo o quanto se afirmou, parece ser possível concluir que a fundamentação de decisões judiciais pautadas em enunciados normativos abertos, dos quais figuram como espécies as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, reclama de seu responsável uma tarefa dotada de maior complexidade quando comparadas às fundamentações lastreadas em textos legais fechados (ou casuísticos).

Assim é que no exercício desta mesma tarefa terá o juiz de se mostrar sobremodo atento à conjugação do postulado da proporcionalidade, de modo que o tenha em consideração tanto no instante em que for preencher (*adequadamente*) o sentido ou o conteúdo semântico dos conceitos indeterminados que residam no antecedente fático (hipótese legal) do enunciado normativo, quanto, mais ainda, no momento em que for fixar ou eleger o conseqüente (ou efeito jurídico) daquele mesmo texto legal.

De maneira, ainda, que não deixe de levar em conta todas as particularidades do direito material em espécie, bem como não se descuide em não desbordar não só da *adequação* da medida a estabelecer, como também de sua *necessidade*, para que, ao final, obtenha-se uma providência *funcional* que não viole os direitos de seu destinatário, bem como não lhe onere em excesso.

Parecem ser estas algumas das premissas a serem conjugadas já quando da edição do ato decisório primário, chame-se assim, que se fundamente num enunciado normativo aberto.

De maneira que deverão ser revisitadas em âmbito recursal estas mesmas premissas para efeito, se for o caso, de se promover a eventual reforma da decisão que

entre eles e o método utilizado para fundamentá-la; III – os critérios gerais empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre o outro e a relação existente entre esses critérios; IV – o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; V – os fatos considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.” (DIDIER JR., Fredie. *Editorial 107: Fundamentação das decisões judiciais que interpretem textos normativos abertos e resolvam conflitos normativos* (art. 472, par. Ún., NCP), 2010. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CIId=429>>. Acesso em: 09 fev. 2012)

não atente às particularidades da fundamentação pautada num enunciado normativo aberto revestido sob a forma de uma cláusula geral.

Não é demais lembrar, ainda, em que pese avultar-se como um truísmo, que as considerações presentemente alinhadas referem-se ao mérito do ato judicial que poderá ser passível de controle por meio de recurso próprio.

A toda evidência, uma decisão arrimada num enunciado normativo aberto poderá (e deverá) ser objeto de controle acaso venha a incorrer em um *error in procedendo* que venha a resultar no pedido de sua anulação.

De maneira que, neste caso, a cognição recursal se debruçará não quanto ao (des)acerto do ato quanto ao preenchimento de antecedentes indeterminados ou a fixação de consequentes, mas sim, no que se refere a aspectos de forma distintos da (in)conveniência quanto ao conteúdo propriamente da decisão.

Por fim, parece ser importante advertir que, naturalmente, o reiterado exercício de teorização, pela doutrina, sobre as cláusulas gerais e, como consequência, a própria marcha da jurisprudência quanto a este particular, colaborará muitíssimo para a compreensão de seu sentido e de seu alcance, de maneira que, igual e logicamente, concorrerá para um maior entendimento quanto às suas formas de controle.

7. CONCLUSÕES

1. *Texto e norma* não podem ser tomadas como expressões sinônimas. O texto é o suporte “físico” de onde o intérprete, a partir de seu sentido mínimo, extrai o(s) seu (s) correspondente(s) significado(s), de maneira que, assim, *(re)constrói a norma*. Em suma: a norma é o *produto* que se extrai do texto.

2. A norma que se extrai do texto pode ser um princípio (norma-princípio) ou uma regra (norma-regra). Ambas, portanto, são categorias ou espécies normativas. A par dos critérios tradicionalmente utilizados para que se estabeleçam as distinções entre estas espécies, é possível que sejam diferenciadas tendo em conta: a) a natureza da descrição normativa; b) a natureza da justificação ou argumentação exigida para a sua aplicação e; c) a natureza da contribuição que possam dar em favor da correspondente tomada de decisão.

3. A cláusula geral é uma espécie de recurso linguístico de que se vale o legislador quando da produção ou confecção de um determinado texto ou enunciado normativo. Em resumo, a cláusula geral é uma espécie de texto normativo *aberto*.

4. Partindo-se da premissa que os enunciados normativos, comumente, são compostos por dois eixos (um antecedente fático ou hipótese legal e um consequente jurídico), pode-se afirmar que a cláusula geral reflete uma técnica legislativa (ou recurso linguístico) através da qual se constrói um enunciado normativo *aberto*, de maneira que, em regra, os termos contidos em seu *antecedente* são integrados por conceitos jurídicos indeterminados e, sempre, deixa-se de estabelecer o respectivo consequente jurídico.

5. Às cláusulas gerais contrapõem-se os enunciados normativos fechados ou casuísticos, na medida em que os seus polos não contém qualquer abertura. Assim é que os seus antecedentes são compostos por termos determinados e seus consequentes são previamente estabelecidos pela atividade legislativa.

6. Diante de um caso concreto e um enunciado normativo que se revista sob a forma de uma cláusula geral, o *significado* dos termos que compõem o seu antecedente devem ser, em regra, preenchidos pelo juiz, que, ainda, deverá cuidar de eleger ou fixar o seu respectivo consequente.

7. As cláusulas gerais processuais e os conceitos jurídicos indeterminados, não obstante figurarem, ambos, como espécies de enunciados normativos abertos, operam em frequências um pouco diferentes. Enquanto o conceito jurídico indeterminado reclama o preenchimento dos significados de termos ou expressões fluidas ou vagas, a cláusula geral pede a fixação de um consequente que não havia sido, ainda, prévia e abstratamente estabelecido pelo legislador.

8. As cláusulas gerais originariamente desenvolveram-se no âmbito do direito privado, entretanto, têm se manifestado cada vez mais no contexto do direito processual, de onde é possível destacar a cláusula geral executiva (ou poder geral de efetivação) contida no parágrafo 5º do art. 461 do CPC, importante ferramenta que contém muitas possibilidades para que se alcance a efetivação das decisões judiciais consistentes no cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

9. A cooperação intersubjetiva, a par de ser um princípio processual, é também um dos mais relevantes exemplos de cláusula geral (processual). Para velar

pelo desenvolvimento de um processo participativo o juiz pode (e deve!) impor às partes a adoção de condutas que reflitam obediência aos respectivos deveres decorrentes da cooperação.

10. Sem embargo de figurar como um importante exemplo de cláusula geral processual, é bem de ver que o processo cooperativo é, ainda, o melhor *modelo* de processo para a aplicação das cláusulas gerais, na medida em que a *construção* do sentido dos termos inseridos no antecedente do enunciado; o estabelecimento de seu consequente; a aplicação do postulado da proporcionalidade, bem como o manejo dos precedentes e da técnica do *grupo de casos*, terão sido produto de um contexto processual dialético por meio do qual as partes e o órgão judicial participaram simetricamente até o momento da decisão final, esta última, já caracterizada pela assimetria entre aqueles sujeitos. Esse contexto cooperativo, inclusive, certamente conspira em favor da mitigação da usual insegurança derivada do uso das cláusulas gerais.

11. A cláusula geral executiva (ou poder geral de efetivação) contida no parágrafo 5º do art. 461 do CPC é caracterizada por não conter *consequentes* taxativamente estabelecidos pelo legislador, de maneira que poderá o juiz determinar a adoção *das medidas que reputar necessárias à efetivação da tutela específica ou do seu resultado prático equivalente*. Assim é que o juiz poderá criar as tais medidas que se revelem mais eficientes ou eficazes para que o destinatário da respectiva ordem judicial a cumpra.

12. Na adoção desta(s) medida(s) é preciso que o juiz (a partir de um contexto dialético ou participativo) atente sobretudo à conjugação do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita), bem como à existência de precedentes ou de grupo de casos que já tenham se debruçado sobre o mesmo texto normativo (parágrafo 5º do art. 461 do CPC) à luz de um conjunto fático semelhante.

13. O precedente judicial e o método do grupo de casos revelam-se como instrumentos muitíssimo importantes na aplicação ou concretização das cláusulas gerais, auxiliando, assim, também neste sentido, em favor da minimização da reticência que normalmente decorre do manejo destas espécies de enunciados normativos. Exatamente tendo em conta que, partindo da semelhança fática e legal (enunciado

normativo) entre casos já julgados e o sob julgamento, é possível extrair-lhes (de precedentes ou de grupos de casos) a respectiva *ratio decidendi* em favor do caso concreto sob análise.

14. O controle da decisão judicial pautada em cláusulas gerais processuais é sobretudo mais complexo do que o que se lastreia em enunciados normativos fechados. Isso porque o ônus argumentativo já na edição do ato decisório originário é muito maior na medida em que a concretização de uma cláusula geral reclama o preenchimento ou *(re)construção* do significado de termos vagos (de regra); o estabelecimento de consequentes não fixados pelo legislador; a conjugação do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita) e eventual aproveitamento da *ratio decidendi* egressa de precedentes ou de grupo de casos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *A função social dos contratos no novo Código Civil*. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 92, nº 815, 2003.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: 10ª ed. Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em 06 de fevereiro de 2011.

BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BORGES, Thiago. *Boa-fé nos contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto*. UNIFACS, Revista Jurídica. Edição fevereiro de 2006. Disponível em < [HTTP://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edição_fevereiro2006/docente/doc_01.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edição_fevereiro2006/docente/doc_01.doc)>. Acesso em 01 dez. 2011.

CANARIS, Claus – Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 129.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. RT, n. 680, p. 479, jun. 1992.

_____. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de processo*. RT, 2012, v. 209.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. 13 ed. Salvador: JusPodim, 2011.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. v.5. 3 ed. Salvador: JusPodim, 2011.

_____, Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, 2011.

_____. *Editorial 107: Fundamentação das decisões judiciais que interpretem textos normativos abertos e resolvam conflitos normativos (art. 472, par. Ún., NCPC)*, 2010. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CID=429>>. Acesso em: 09 fev. 2012.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de processo. RT, 2009, n. 172.

_____, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Leituras Complementares de processo Civil. Fredie Didier Júnior. (Org.). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HARADA, Kiyoshi. *Efetividade da jurisdição*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11502>. Disponibilizado em 18/05/2010.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Teoria geral do direito*. Gilmar Ferreira Mendes; Rui Stoco (org.). São Paulo: RT, 2011, v.1.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

_____. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5045>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

_____. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5974>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 2a ed. Torino: Giappichelli, 2004, em tradução livre feita, gentilmente, por Leonardo Carneiro da Cunha.

MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiro, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: algumas reflexões*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 43.

MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação nas cláusulas gerais. *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Fredie Didier Jr; Rodrigo Mazzei. (coord.) Salvador: JusPODIVM, 2006.

MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, n. 103.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NOZOE, Nelson. *Sesmarias e apossamento de terras no Brasil colônia*. Revista Economia, Brasília, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Efetivação das tutelas de urgência*. Processo de Execução. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedentes judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: ed. RT, 2004.

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

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.