

CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Freddie Didier Jr.*

RESUMO

Este ensaio tem o objetivo de demonstrar a importância da técnica legislativa das cláusulas gerais para o direito processual civil contemporâneo.

Palavras-chave: Direito processual civil. Cláusulas gerais. Criatividade judicial

1 CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação.

A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia. É preciso fazer um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito; apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria do Processo.

Uma dessas marcas é a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele¹. Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da *subsunção*².

Expandem-se, ainda, a técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.

Esse último aspecto é o que interessa a esse ensaio, que cuida de destacar a importância e a função das cláusulas gerais no direito processual civil.

* Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutor (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.freddiedidier.com.br

2 CLÁUSULAS GERAIS

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 normativa³. Há várias concepções sobre as *cláusulas gerais*⁴. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras.

JUDITH MARTINS-COSTA, uma das autoras que mais contribui para a correta sistematização das cláusulas gerais, assim as define:

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.⁵

Cabe ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a conseqüência jurídica que dele será extraída⁶.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a:

[...] *standards*⁷, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*.⁸

A técnica das “cláusulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística⁹. *Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais* (que causariam uma sensação perene de insegurança) *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 espécies*¹⁰.

É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional¹¹. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativa-

mente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.

O método da *subsunção* do fato ao enunciado normativo, próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais. As cláusulas gerais exigem *concretização* em vez de *subsunção*.

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘generalizar’ o caso; tem também de ‘individualizar’ até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na ‘subsunção’. Quanto ‘mais complexos’ são os aspectos peculiares do caso a decidir, ‘tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção.’¹²

O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução¹³, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente¹⁴. As cláusulas gerais servem para a realização da *justiça do caso concreto*¹⁵; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade”¹⁶.

Como afirma WIEACKER:

[...] as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à “boa-fé”, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. – em algo mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar.¹⁷

Um das técnicas de compreensão e aplicação das cláusulas gerais é o “método do grupo de casos” (*Fallgruppenmethode*), desenvolvido pelos juristas germânicos e aplicado, por exemplo, na *arrumação das hipóteses de aplicação do princípio da boa-fé processual*. Trata-se de método que reforça a função do precedente judicial na concretização das normas gerais, inclusive as cláusulas gerais.

Conforme a explicação de FABIANO MENKE:

[...] por meio dele, 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. Parece ter lugar

uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos.¹⁸

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* 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-fé¹⁹. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados²⁰.

A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que: “mediante exemplos “ilustrativos” e, em seguida,

[...] por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de idéias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar.”²¹

O método do agrupamento de casos não é perfeito, obviamente. Há casos julgados em época com contexto social muito diverso (casos sobre “bons costumes” do início do século vinte teriam pouca serventia nos dias atuais²²). Pode ser que ainda não haja casos passíveis de comparação, quando então, “mas só precisamente então”, só a convicção pessoal do órgão julgador do que seja a medida do justo poderá oferecer a solução²³. Finalmente, há o perigo de que o agrupamento de casos sirva de fundamento para um retorno ao método da subsunção exclusiva, impedindo o desenvolvimento judicial do Direito e acomodando a interpretação das cláusulas gerais pelos tribunais²⁴.

Há outros elementos que, ao lado dos precedentes, servem à *concretização* das cláusulas gerais.

A observância à *finalidade concreta da norma* é um dos elementos imprescindíveis à concretização de uma cláusula geral. O método teleológico de compreensão das normas, não obstante tenha as suas dificuldades²⁵, não pode ser ignorado. Cabe ao aplicador procurar os “objetivos concretos” da norma: a concretização é uma atividade, é um criativo processo de integração de valores e interesses concretos²⁶.

Outro elemento decisivo na concretização das cláusulas gerais é a *pré-compreensão* do aplicador a respeito dos elementos do enunciado normativo. “Não se pode negar que, ao apreciar as circunstâncias de fato e as hipóteses normativas, o aplicador opera seletivamente e, nessa atividade, já componentes que não estão pré-qualificados sistematicamente, mas que são, limitadamente, qualificados pelo próprio aplicador”²⁷.

Não pode o aplicador, na concretização das cláusulas gerais, ignorar o *consenso social* já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser por ele examinadas²⁸. As práticas negociais de agricultores de uma região, por exemplo, não podem ser ignoradas na compreensão do que significa um comportamento socialmente havido como honesto (*standard*), para fim de concretização da cláusula geral da boa-fé. Os *standards* servem como parâmetro para a concretização das cláusulas gerais²⁹⁻³⁰.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende que a concretização das cláusulas gerais exige que o intérprete “se debruce sobre a situação concreta do caso, que intua a constelação valorativa de referência, que pondere a consequência da concretização e que formule o juízo em termos tais que seja susceptível de ser sindicado”³¹. A observação é importante, exatamente para destacar o seguinte: a concretização das cláusulas gerais pode ser controlada, quer por razões formais (incompetência do órgão julgador ou falta de fundamentação), quer por razões substanciais (má compreensão da cláusula geral). *É possível rever uma decisão que aplica mal uma cláusula geral, quer porque a aplicou de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta), quer porque a aplicou sem a devida fundamentação (decisão nula)*.

As cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica.

A despeito do contexto político-social da época da decisão, as cláusulas gerais:

[...] possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício.³²

Esses problemas ainda podem ganhar maior vulto em tempos de eferescência social, guerras ou crise econômica. Há o perigo quase inevitável da *fuga para as cláusulas gerais (Die Flucht in die Generalklauseln)*, conforme célebre expressão de HEDEMANN. Como parece ser inevitável a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, inclusive no Direito processual, cabe à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmaticamente adequadas de manejo dessas espécies normativas.

Finalmente, é preciso distinguir *cláusula geral* e *princípio*. *Cláusula geral* é um texto jurídico; *princípio* é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico³³. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da *cláusula geral* do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.

Este ensaio é mais um passo na empresa doutrinária de divulgação do pensamento jurídico sobre o assunto, etapa indispensável para o desenvolvimento do Direito. Muito já se construiu a respeito do tema, como visto. As linhas básicas podem assim ser resumidas: a) percepção de que não há legislação composta apenas por cláusulas gerais: a existência de regras jurídicas é indispensável para a diminuição da complexidade da regulação da vida social e o prestígio da segurança jurídica; b) a aplicação das cláusulas gerais não dispensa sólida fundamentação pelo órgão julgador, cuja decisão pode ser submetida ao controle formal ou substancial; c) o método da *concretização* das normas é o mais adequado para a aplicação das cláusulas gerais, que, não obstante ainda necessite de um contínuo aprimoramento teórico, exige a observância dos precedentes judiciais, da finalidade concreta da norma; da pré-compreensão, da valoração judicial dos resultados da decisão e do consenso como fundamento parcial da decisão (conforme sistematização de HUMBERTO ÁVILA).

Feita a ressalva, podemos ir adiante.

3 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AS CLÁUSULAS GERAIS.

As cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da *boa-fé*, da *função social da propriedade* e da *função social do contrato*.

Ultimamente, porém, *as cláusulas gerais têm “invadido” o Direito processual, que naturalmente sofreu as conseqüências das transformações da metodologia jurídica no século passado*³⁴. Afinal, o Direito processual também necessita de “normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto”³⁵.

O princípio do *devido processo legal* é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC)³⁶; b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC)³⁷; c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC)³⁸; d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC)³⁹; f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC)⁴⁰ etc.

A existência de várias cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX⁴¹.

No Direito processual civil brasileiro, porém, as cláusulas gerais aparecem *soltas*, como se houvessem sido previstas sem qualquer preocupação sistemática.

O CPC português é estruturado em cláusulas gerais: a) princípio da adequação formal (art. 265º-A⁴²); b) cláusula geral do acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada (art. 2º, 1 e 2)⁴³; c) cláusula geral da igualdade das partes (art. 3º-A)⁴⁴ etc.; d) cláusula geral de cooperação processual (art. 266º, 1). Nesse aspecto, o CPC português está na vanguarda mundial. Não há legislação processual de onde se possam extrair tantas *cláusulas gerais expressamente consagradas*.

A flexibilidade/abertura do direito processual civil português revela-se muito claramente. A topografia das previsões legislativas portuguesas é emblemática. As cláusulas gerais no CPC português aparecem no início da codificação, como que compondo o prólogo indispensável à compreensão do direito processual português. No CPC brasileiro, as cláusulas gerais mostraram-se dispersas, sem qualquer ligação sistemática, produtos de inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por ALFREDO BUZAID para o Direito processual civil brasileiro, sem preparar um outro para substituí-lo.

A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais sobre as cláusulas gerais são quase infinitas⁴⁵. Notadamente na Alemanha, há um vastíssimo número de ensaios doutrinários a respeito do tema. Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais fossem aplicadas de maneira dogmaticamente aceitável e, conseqüentemente, de modo a que se pudessem controlar as decisões judiciais que delas se valessem.

O princípio da boa-fé processual pode servir como exemplo do quanto ora se diz.

O princípio da boa-fé processual decorre de uma cláusula geral. As conseqüências normativas para o desrespeito ao princípio da boa-fé não precisam ser *típicas*: pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto. A infração ao princípio da boa-fé pode gerar *invalidade* do ato processual, *preclusão* de um poder processual (talvez até mesmo uma *supressão*), *dever de indenizar* (se a infração vier acompanhada de um dano), *direito a tutela inibitória*, *sanção disciplinar* etc.⁴⁶ Essa parece ser a solução para o problema mais recorrente no manejo das cláusulas gerais processuais: saber a conseqüência normativa para o seu descumprimento. Aplicam-se aqui, em razão da proximidade entre abuso do direito e boa-fé, as considerações de CUNHA DE SÁ sobre a sanção ao abuso do direito, cuja determinação “deverá ser feita em função e de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito.”⁴⁷

Enfim, o operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PU-CRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: WAMBIER, Teresa; NERI JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. In: CORDEIRO, A. Menezes (Trad.). **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CASTRONOVO, Carlo. L'avventura delle clausole generali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano IV, n. 1, 1986.
- DAWSON, John P. **The General Clauses viewed from a distance**. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, ano 41, 3^o caderno.
- ENGISCH, Karl. In: MACHADO, J. Baptista (Trad.). **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, s/a.
- GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.
- GARSTKA, Hansjürgen. "Generalklauseln". In: KOCH, Hans-Joachim (Hrsg.). **Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie**. Kronberg, p. 96-123.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, n. 2, p. 3-25.
- GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.
- _____. In: LAMEGO, José (Trad.). **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil: parte general**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1

MARINONI, Luiz Guilherme. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). **Idéias para um “renovado direito processual”**. Bases científicas para um renovado direito processual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002, n. 43, p. 228-232.

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

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, 1998, n. 139.

MAZZEI, Rodrigo. **O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais**. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006.

MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clausole generali”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1986, ano IV, n. 1.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, n. 103.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.

PERLINGIERI, Pietro. In: CICCIO, Maria Cristina de (Trad.) **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSELLI, Federico. Clausole generali: l’uso giudiziario. **Política del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1988, n. 4, p. 667-681.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

TARUFFO, Michele. **General report: abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness**. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.

WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, v. 192, 6^o caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 516-567.

WIEACKER, Franz. In: HESPANHA, A. M. Botelho (Trad.). **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

- 1 GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.
- 2 TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: “muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009, item 2.2, p. 37.)
- 3 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Carlo. “L'avventura delle clause generali”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1986, ano IV, n. 1, p. 24, nota 14; ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsuncão e concreção na aplicação do direito”. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006, p. 34; CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”. In: WAMBIER, Teresa; NERI JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2003, p. 95.
- 4 CLÁUDIA LIMA MARQUES, por exemplo, entende que os tipos normativos abertos, com consequência jurídica determinada, são também cláusulas gerais. É o caso, por exemplo, do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em que se reputam *nulas* as cláusulas contratuais em contratos de consumo que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Não obstante a determinação da consequência jurídica (nulidade), a abertura do tipo normativo autorizaria que se o reputasse como uma cláusula geral. Ao longo do texto, sempre que for útil para a compreensão da nossa exposição, faremos referência a essas outras linhas de raciocínio. MARQUES, Cláudia Lima. “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002, n. 43, p. 228-232.
- 5 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 303.
- 6 Em sentido diverso, Luigi Mengoni, para quem as cláusulas gerais não têm “una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizioni”. (MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clause generali”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1986, ano IV, n. 1, p. 11).
- 7 O *standard* é um argumento utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito. Trata-se de um modelo (*standard*), um tipo de comportamento aceitável em determinada situação. A “diligência mínima de um homem comum”, os “costumes do tráfico”, a “boa-fé” etc. são exemplos. Os *standards* têm a função de orientação (*Steuerungsfunktion*) na concretização das cláusulas gerais (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**, p. 396). Sobre o tema, amplamente, ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, s/a, p. 123-125; LARENZ, Karl. In: LAMEGO, José (Trad.). **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 660-661.
- 8 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.
- 9 ENGISCH, Karl. In: MACHADO, J. Baptista (Trad.). **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228-229. “A casuística, também dita *técnica da regulamentação por fattispecie*, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados”. (MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 7.) Assim, também, MENGONI, op. cit., p. 9.
- 10 MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 7.
- 11 Reconhecendo ser extremamente difícil de resolver o problema relativamente aos limites da criatividade judicial, que devem ser fixados na exata medida em que não comprometam o Estado de Direito, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que: “A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais (WAMBIER, op. cit., p. 102).
- 12 LARENZ, op. cit., p. 150, com base nas lições de Schönfeld.

- 13 ÁVILA, op. cit., p. 429-430; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 79.
- 14 MARTINS-COSTA, Judith., 1998, op. cit., p. 7; PERLINGIERI, Pietro. In: CICCIO, Maria Cristina de (Trad.) **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.
- 15 Tratando das cláusulas gerais, diz Teresa Arruda Alvim Wambier que a cláusula geral não se refere de maneira minuciosa a fenomenologia social a que diz respeito, apontando exclusivamente as características mais marcantes da situação empírica em que a norma deve incidir. Numa cláusula geral há sempre valores incorporados e elas exercem o papel de “poros” ou de janelas abertas para a mobilidade da vida em sociedade. Está-se, aqui, portanto, segundo a autora, diante de um fenômeno mais complexo do que a inclusão de conceitos vagos na norma. (WAMBIER, op. cit., p. 161).
- 16 CANARIS, Claus-Wilhelm. In: CORDEIRO, A. Menezes (Trad.). **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.
- 17 WIEACKER, Franz. In: HESPANHA, A. M. Botelho (Trad.). **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 546.
- 18 MENKE, op. cit., p. 81-82. O autor faz bela resenha da doutrina germânica em derredor do tema. Certamente, é uma importante fonte de pesquisa língua portuguesa, que merece consulta e para onde se remete o leitor.
- 19 MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 10.
- 20 “Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz ‘A’ numa referência à equidade; pelo juiz ‘B’ , ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual. Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, “*a menos que seja facultado* (ao juiz do caso atual) *consultar toda a matéria de que se serviu o juiz* (dos casos precedentes) *na sua integralidade*”, o que se afigura, na prática, fantástico. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes”. (MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p. 10-11).
- 21 LARENZ, op. cit. p. 411.
- 22 *Ibid.*, p. 412.
- 23 *Ibid.*, p. 413.
- 24 Essa dura crítica ao método de grupo de casos foi feita por Ralph Weber em WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, v. 192, 6º caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 516-567. No texto de Fabiano Menke, já mencionado, que nos serviu de fonte de pesquisa, encontra-se a resenha em língua portuguesa deste ensaio.
- 25 “[...] o sentido das normas nem sempre é unívoco; há fins próximos e fins remotos; os fins podem situar-se dentro e fora das normas e o próprio conceito de fim já contém, em si, uma dificuldade de delimitação”. (ÁVILA, op. cit., p. 439).
- 26 *Ibid.*, p. 439.
- 27 *Ibid.*, p. 440.
- 28 LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 143.
- 29 Convém transcrever o pensamento de LARENZ sobre o tema: “Tais *standards* não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’ e que têm que ser permanentemente concretizadas”. (LARENZ, 1997, op. cit., p. 655-673). Como se pode perceber, seja pela referência ao agrupamento de casos, seja pela remissão aos *standards*, a concretização das cláusulas gerais não pode prescindir do pensamento tipológico (a partir de “tipos”, “modelos”).

- 30 Muito a propósito, eis o que diz Gadamer: “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível [...]. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”. (GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 358.)
- 31 VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 394.
- 32 WIEACKER, op. cit., p. 546-547.
- 33 GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.
- 34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 26.
- 35 LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil**: parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, p. 58.
- 36 § 5º do art. 461 do CPC brasileiro: “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”.
- 37 Art. 798 do CPC brasileiro: “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”.
- 38 Art. 620 do CPC: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.
- 39 § 2º do art. 687 do CPC: “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”.
- 40 Art. 1.109 do CPC brasileiro: “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”.
- 41 Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). **Idéias para um “renovado direito processual”**. Bases científicas para um renovado direito processual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143. Nesta mesma linha, embora com alguns exemplos não muito convincentes de cláusula geral processual (art. 285-A, CPC brasileiro, p. ex., que, embora tenha pressuposto fático composto por alguns termos vagos, conseqüente normativo é determinado), HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. “As cláusulas gerais no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n.155.
- 42 Art. 265º-A do CPC português “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”.
- 43 Art. 2º do CPC português: “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”.
- 44 Art. 3º-A do CPC português: “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”.
- 45 Além dos textos citados ao longo deste item, podem ser destacados: CORDEIRO, op. cit., p. 1.182-1.184; GARSTKA, Hansjürgen. “Generalklauseln”. In: KOCH, Hans-Joachim (Hrsg.). **Juristische Methoden-**

- lehre und analytische Philosophie.** Kronberg, p. 96-123; ROSELLI, Federico. *Clausole generali: l'uso giudiziario.* *Politica del Diritto.* Bologna: Il Mulino, 1988, n. 4, p. 667-681; DAWSON, John P. **The General Clauses viewed from a distance.** *Rabels Zeitschrift,* Tübingen, ano 41, 3^o caderno; GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Codificação e cláusulas gerais.* *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Padma, 2000, n. 2, p. 3-25; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- 46 Sobre as diversas sanções ao “abuso processual”, de que serve de exemplo a violação aos deveres de cooperação, TARUFFO, Michele. **General report: abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness.** Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 22-26; ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo.** São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.
- 47 SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 649. Recomenda-se a leitura da exemplificação das possíveis sanções ao abuso do direito feita pelo autor português, às p. 648-650 desta obra.

PROCEDURAL GENERAL CLAUSES

ABSTRACT

This essay aims to demonstrate the importance of the legislative technique of “general clauses” for the contemporary Civil Procedural Law.

Keywords: Civil Procedural Law. General clauses. Judicial creativity.