

**SABRINA AUER CASTELLANI**

**AS CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO  
EM CONFORMIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA  
2009**

**SABRINA AUER CASTELLANI**

**AS CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO EM  
CONFORMIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná - UFPR.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart

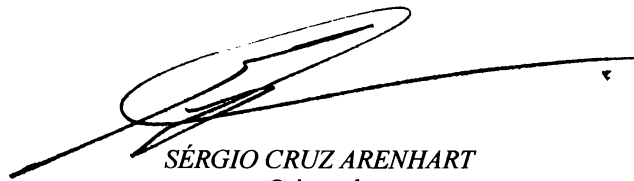
**CURITIBA  
2009**

## TERMO DE APROVAÇÃO

SABRINA AUER CASTELLANI

### **AS CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

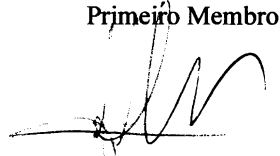
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



*SÉRGIO CRUZ ARENHART*  
Orientador



*ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA*  
Primeiro Membro



*JORDÃO VIOLIN*  
Segundo Membro



**Ministério da Educação e do Desporto**  
**Universidade Federal do Paraná**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**Ata da reunião da Comissão Julgadora da  
Monografia (Trabalho Final de Curso) do  
Acadêmico(a) **SABRINA AUER  
CASTELLANI****

Aos vinte e três dias do mês de novembro do ano de 2009, às 18:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) SABRINA AUER CASTELLANI, sobre o tema, "AS CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, SÉRGIO CRUZ ARENHART, (Orientador), ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA e JORDÃO VIOLIN, atribuiu as seguintes notas respectivamente: DEZ, DEZ e DEZ; perfazendo a média igual a DEZ.

Obs.:


---


---

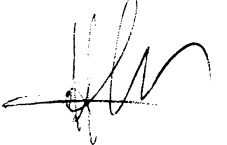
---

---

Curitiba - PR, 23 de novembro de 2009.

  
SÉRGIO CRUZ ARENHART

  
ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA  
CUNHA

  
JORDÃO VIOLIN

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, que tanto me ajudaram e me incentivaram, pelas lições de vida e pelo apoio incondicional durante toda a minha caminhada no mundo, do nascimento até o dia de hoje.

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, pela acessibilidade, dedicação, disponibilidade e ajuda para a realização deste trabalho, cuja orientação foi fundamental.

À Dra. Andréa Fabiane Groth Busato, não somente pelos ensinamentos profissionais, mas pelo incentivo, apoio e compreensão durante a jornada acadêmica.

À Edméia Cardenes Cegatto, uma grande amiga, pela força que me deu e pela confiança depositada em mim, especialmente neste final do curso de graduação em Direito.

À minha irmã Thalita, pela paciente ajuda na busca da bibliografia consultada.

À acadêmica Emilie Daufenbach, pela dedicação no auxílio do trabalho de revisão desta monografia.

Aos colegas da faculdade, por todos os momentos agradáveis que a nossa companhia durante esses cinco anos nos proporcionou.

E por último, mas não menos importante, a Deus, pelos pequeninos milagres cotidianos.

*"Law cannot stand aside from the social  
changes around it."*

*William J. Brennan, Jr.  
(04/25/1906 – 07/24/1997)  
US Supreme Court*

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE SIGLAS .....</b>	<b>vii</b>
<b>LISTA DE SÍMBOLOS.....</b>	<b>vii</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>viii</b>
<b>INTRUDUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – BREVE ANÁLISE DA NORMA JURÍDICA .....</b>	<b>5</b>
<b>1. DISTINÇÃO ENTRE DISPOSITIVO LEGAL E NORMA JURÍDICA ....</b>	<b>5</b>
<b>2. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1. CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO A CLASSIFICAÇÃO DE HUMBERTO ÁVILA .....</b>	<b>12</b>
2.1.1. Critério do caráter hipotético-condicional (se, então).....	12
2.1.2. Critério do modo final de aplicação.....	13
2.1.3. Critério do relacionamento normativo .....	15
2.1.4. Critério do fundamento axiológico.....	16
<b>3. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E VALORES.....</b>	<b>17</b>
<b>CAPÍTULO II – TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS .....</b>	<b>18</b>
<b>4. CONCEITO DE CLÁUSULA GERAL .....</b>	<b>18</b>
4.1. CLÁUSULA GERAL E CONCEITO INDETERMINADO.....	22
<b>5. CARACTERÍSTICAS.....</b>	<b>24</b>
<b>6. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS.....</b>	<b>26</b>
6.1. SUBSUNÇÃO OU CONCREÇÃO?.....	27
6.2. MÉTODO DO GRUPO DE CASOS .....	31
6.3. LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS .....	34
<b>CAPÍTULO III – DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>37</b>
<b>7. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>37</b>
<b>8. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO .....</b>	<b>42</b>
8.1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	45
<b>9. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>46</b>

<b>10. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>48</b>
10.1. LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	50
<b>11. NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>51</b>
<b>CAPÍTULO IV – CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>57</b>
12. UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS .....	57
13. EXEMPLOS DE CLÁUSULAS GERAIS PRESENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	60
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS .....</b>	<b>67</b>

## LISTA DE SIGLAS

Art.	–	Artigo
CF	–	Constituição Federal
CPC	–	Código de Processo Civil
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça

## LISTA DE SÍMBOLOS

n.º	–	Número
§	–	Parágrafo

## RESUMO

Neste trabalho estudou-se a utilização das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa também empregada no processo civil. Analisou-se primeiramente a estrutura da norma jurídica, diferenciando-se o texto da lei e o processo de construção da norma jurídica adequada ao caso concreto, bem como a diferenciação entre princípios e regras e, de forma breve, entre princípios e valores. Foi, também, realizado um estudo acerca da base teórica da cláusula geral, perpassando os métodos de aplicação e interpretação mais adequados para fins de se encontrar o conteúdo normativo vago ou indeterminado e efetivamente concretizar a norma jurídica derivada desta interpretação. Imprescindível se fez a análise da importância dos direitos fundamentais para a aplicação de todo o ordenamento jurídico, em especial dos conteúdos vagos e dotados de imprecisão, que carecem de preenchimento valorativo por parte do julgador. Constatou-se que o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é o novo paradigma para se compreender a verdadeira constitucionalização do processo civil. Por fim, percebeu-se a importância da utilização das cláusulas gerais processuais na busca da técnica processual mais adequada ao caso concreto, garantindo-se aos cidadãos a tutela jurisdicional realmente efetiva.

Palavras-chave: Cláusulas gerais; processo civil; direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO

Ruy Alves Henriques Filho trouxe a noção de cláusula geral para o âmbito do processo civil em sua dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da UFPR, sob orientação do Prof. Luiz Guilherme Marinoni, obra que serviu de inspiração para o presente estudo.

Em razão do princípio da proibição da insuficiência, o juiz é obrigado a decidir a lide em consonância com os valores constitucionais nos casos em que houver normas abertas, de modo complementar à atividade legislativa.

Para a análise da utilização das cláusulas gerais, enquanto técnica legislativa, e de conceitos indeterminados na legislação processualista, mister perpassar a diferença entre os conceitos de dispositivo legal e norma jurídica, vez que o intérprete do direito, em especial o juiz, utiliza a disposição legal como ponto de partida para construir a norma jurídica no caso concreto. Ainda, se faz necessária a diferenciação entre princípios e regras e entre princípios e valores, para melhor compreensão do uso de cláusulas gerais e conceitos indeterminados nos textos legais e da importância dos direitos fundamentais para a interpretação das normas infraconstitucionais.

É certo que a busca de uma jurisdição efetiva exige mais da atividade interpretativa do julgador, que deve estar atento ao interesse social e principalmente à busca do direito material.

A alternativa da legislação hodierna é a inserção de normas de conteúdo aberto, não no sentido pejorativo de lacunas da lei, mas sim de conceitos dotados de conteúdo indeterminado, propositalmente incluídos nas normas processuais, de forma a possibilitar uma maior liberdade do julgador para adequar a disposição legal aos aspectos do caso concreto. No âmbito do direito processual civil, são as aqui chamadas cláusulas gerais processuais as responsáveis por adequar as normas processualistas às peculiaridades do caso concreto e às disposições constitucionais, garantindo a tutela jurisdicional efetiva.

A efetividade da jurisdição, enquanto direito fundamental dos litigantes e poder-dever do Judiciário, é uma tarefa estatal imprescindível não só para a manutenção da dignidade da pessoa humana, valor essencial no Estado de Direito hodierno, mas da própria democracia.

O neoconstitucionalismo, sem dúvidas, refletiu na atividade do processo civil. Questiona-se o poder criador do juiz ao levar em consideração os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como critério de aplicação das cláusulas gerais quando houver colisão entre direitos fundamentais. A efetiva tutela jurisdicional, conforme obra de Ruy Henriques Alves Filho, somente será alcançada, em vários casos, através do uso de normas processuais abertas, pois, por meio destas, o juiz garante a execução de suas decisões, otimizando a efetividade da atividade jurisdicional e causando menor restrição à esfera privada do réu, bem como alcançando a melhor adequação ao caso concreto.

As cláusulas gerais processuais possibilitam a participação efetiva do juiz no procedimento por meio da concreção da norma jurídica (e não a mera subsunção do caso concreto à lei), atividade esta certamente posterior à participação das partes no processo que, através do contraditório, devem levar ao juízo as suas razões, demonstrando a divergência doutrinária e até mesmo semântica, no que tange aos conceitos indeterminados.

A atividade jurisdicional tornou-se mais complexa diante do clamor social, que exige resultados mais céleres e efetivos da justiça. Não há mais a crença de que a legislação é tão sistemática e ampla de forma a abarcar a solução de todos os litígios que surgem na sociedade, como pretendia ser a codificação napoleônica. As reformas no Código de Processo Civil, em especial quanto à fase de cumprimento de sentença, demonstram a necessidade da efetivação da decisão judicial, de forma a evitar as delongas do antigo processo de execução. Ademais, a necessidade de sistematização das modificações legislativas ocorridas no Código de Processo Civil foi responsável pela recente instauração de uma comissão para a elaboração do anteprojeto de um novo *codex*, sob a presidência do Min. Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça.<sup>1</sup> Destarte, em que pese ser notória a tentativa de se alcançar a segurança jurídica, a legislação muitas vezes não consegue eliminar integralmente a indeterminação da linguagem jurídica, eis que cada parte envolvida no processo de aplicação da lei terá certa interpretação acerca do dispositivo legal, ressalvados aqueles casos de núcleos de significado já consagrados pelo uso.

---

<sup>1</sup> Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. *Luiz Fux assume presidência da comissão para elaboração de um novo CPC*. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94194](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94194)>. Acesso em: 14/10/2009.

Portanto, as cláusulas gerais processuais surgem como um instituto reformador do processo civil. Sua aplicação garante a modernização do sistema jurídico-processual. Todavia, exige-se maior comprometimento do julgador, especialmente com os ditames constitucionais e com os direitos fundamentais, estejam eles positivados ou não. Os direitos fundamentais têm a função de serem mecanismos normativos destinados a viabilizar a concreção de normas abertas, tendo em vista a necessária efetividade das medidas judiciais para tutelar o direito material pleiteado em juízo.

O papel clássico da jurisdição, especialmente no seu significado etimológico de dizer o “direito” via provocação do órgão judicial pelas partes que tenham pretensões resistidas é o ponto de partida para se entender o papel das cláusulas gerais na atualidade. A jurisdição no Estado Constitucional alterou profundamente esse modo de aplicação do direito, permitindo a leitura principiológica da tarefa do juiz após o fim do positivismo e legalismo jurídico.

O pluralismo das normas fundamentais, implícita ou expressamente contidas na Constituição, requer a releitura da atividade de controle da constitucionalidade das normas pelo Judiciário. O magistrado, ao julgar o caso concreto, tem autorização para utilizar instrumentos legislativos próprios com o propósito de suprimir a inconstitucionalidade e a inadequação eventualmente presentes em lei infraconstitucional, pois, em determinado contexto, podem se tornar violadoras de norma constitucional.

Nessa perspectiva, a jurisdição do neoconstitucionalismo deve permitir a convivência dos direitos fundamentais, de forma que o juiz utilize as técnicas de interpretação em conformidade com eles, sendo possível inclusive declarar parcialmente a nulidade sem reduzir o texto legal, com o escopo de criar ou adequar a norma jurídica inexistente ou inadequada a partir da interpretação em consonância com a Constituição Federal. Daí que se percebe a aplicação do controle da constitucionalidade desde o primeiro grau de jurisdição, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, com o fim de estabelecer uma decisão nos casos em que há colisão dos direitos fundamentais, em prol da própria efetividade do direito material.

Há quem defenda uma atuação do Poder Judiciário de maneira previsível, calculada e não integrativa aos anseios das normas fundamentais, tudo em nome da “segurança jurídica”, muitas vezes em detrimento da efetividade da jurisdição.

Porém, a conclusão pela efetividade da jurisdição como obrigação do Estado do Bem-Estar Social é determinada pela norma constitucional inserta no campo dos direitos fundamentais.

Ademais, muitas vezes a tarefa jurisdicional somente será efetivada pela atividade de *imperium* (executiva) do juiz, usando-se de normas processuais abertas, por meio das quais deferirá a efetividade da execução de suas decisões, buscando a almejada adequação ao caso concreto e também a menor restrição à esfera jurídica do réu.

Sendo assim, as cláusulas gerais são instrumentos especiais na tarefa dos operadores do direito, que buscam a integração do ordenamento jurídico. Os mecanismos positivados que visam à efetividade do processo necessitam de uma leitura constitucional para sua correta aplicação. A concreção da norma aberta está intrinsecamente ligada ao exercício do direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, tanto no cumprimento ou execução da decisão judicial, quanto na celeridade da duração do processo.

Todavia, há que se perquirir também as formas de limitação das cláusulas gerais de conteúdo material e processual e não somente as formas de aplicação no caso concreto. Constituem-se os meios adequados e modernos de controle da atividade do julgador por parte do próprio sujeito de direito, já que o juiz, na atualidade, desempenha um papel com alto grau de subjetividade em relação ao exame do caso concreto, o que demanda ainda mais a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

## CAPÍTULO I – BREVE ANÁLISE DA NORMA JURÍDICA

Para a compreensão da utilização das cláusulas gerais, que também se configuram uma técnica legislativa, como será abordado a seguir, importante analisar, ainda que brevemente, por não se constituir o propósito deste trabalho (o que exigiria um profundo estudo acerca da teoria geral do direito), o mecanismo de construção da norma jurídica, a fim de se estabelecer a importância das cláusulas gerais inseridas nas regras processuais para fins de adequação da norma jurídica ao caso concreto e aos direitos fundamentais, que devem ser resguardados principalmente pelos profissionais da área jurídica. Luiz Guilherme Marinoni ensina que o direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela correlata ao direito material e, principalmente, à realidade social.<sup>2</sup>

### 1. DISTINÇÃO ENTRE DISPOSITIVO LEGAL E NORMA JURÍDICA

A distinção da norma jurídica e dos textos que integram o Direito Positivo é abordada de maneira exemplar pelo Prof. José Roberto Vieira, ao afirmar que a norma jurídica é o juízo ou significação que a leitura daqueles textos faz surgir em nossa mente. E prossegue, explicando que se vê de imediato que “tais juízos ou significações podem e freqüentemente encontram amparo em diversos dispositivos de um texto legal, em dispositivos de diferentes textos ou até mesmo nos princípios consagrados na totalidade do sistema, e que podem inclusive não integrar explicitamente texto algum.”<sup>3</sup>

A completude do enunciado normativo não ocorre somente com a intervenção legislativa, mas sim quando o sentido expressado pelo texto legal é construído pelo intérprete. Daí que se extrai a diferença entre o texto (sinal lingüístico) e a norma, que é o sentido revelado pela interpretação do texto legal.<sup>4</sup>

Destarte, o texto da lei é somente o ponto de partida para a interpretação. E a compreensão do texto depende da relação entre este e o intérprete, de maneira que

---

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 58.

<sup>3</sup> VIEIRA, José Roberto. *A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto*. Curitiba: Juruá, 1993. p. 59.

<sup>4</sup> CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: compreensão crítica*. Juruá Editora: Curitiba, 2003. p. 97.

não há como se afirmar a existência de um sentido unívoco da lei, pois haverá sempre mais de uma forma de interpretação. Ainda, o sentido do texto legal é heterônomo, pois vem de fora, é produzido pelo intérprete, razão pela qual a hermenêutica jurídica adquire uma essência construtiva. O intérprete, ao construir a norma, não pode se limitar a reproduzir o texto legal, mas produzir um sentido concreto, através da argumentação jurídica, àquilo que estava previsto abstratamente, completando o sentido do enunciado normativo sem, no entanto, criar um novo dispositivo,<sup>5</sup> ainda que sua atividade seja responsável pela criação da norma jurídica no caso concreto.

Sobre o assunto, discorre Humberto Ávila:

**Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultado de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessa hipótese, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa.<sup>6</sup>**

Assim, rompe-se com a idéia do positivismo jurídico, de que o sentido da lei era unívoco e representava a vontade geral, devendo o juiz ser apenas a “boca da lei”, como defendia Montesquieu<sup>7</sup>, idéia fruto da desconfiança burguesa em relação aos juizes aliados tradicionalmente ao clero e à nobreza.<sup>8</sup>

Se o intérprete constrói as normas a partir do dispositivo, este não contém uma regra ou princípio, já que a qualificação normativa depende de conexões axiológicas. Contudo, o intérprete não é livre para fazer tais conexões, eis que o ordenamento estabelece a realização de fins e a preservação de valores, bem como a manutenção ou busca dos bens jurídicos essenciais para estas finalidades, de modo que não se pode desprezar os dispositivos constitucionais enquanto ponto de

---

<sup>5</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 98-100.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2009. p. 57.

<sup>7</sup> Segundo Montesquieu, os julgamentos não deveriam ser mais do que o texto exato da lei, e os juizes não seriam mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não tinham como moderar a força e o rigor da lei. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis: texto integral*. Trad. Jean Melville. São Paulo: M.Claret, 2007. p. 120-123).

<sup>8</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 102.

partida da interpretação, explicitando os significados das normas jurídicas em consonância com os fins e valores presentes na Constituição.<sup>9</sup>

Portanto, o texto seria apenas o enunciado lingüístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação deste sinal lingüístico.<sup>10</sup>

## 2. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

As regras são proposições aplicadas no modo do “tudo ou nada”, segundo a teoria de Dworkin e Alexy. Se o fato previsto na hipótese de incidência das regras ocorrer, deve incidir de maneira direta, salvo se for inválida, não estiver em vigência, ou houver outra mais específica.<sup>11</sup> A aplicação se dará por meio da subsunção, método que será abordado adiante nesta monografia.

Já os princípios, de forma geral e segundo a doutrina jurídica brasileira tradicional, têm uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante que indica uma posição a ser seguida. Inclusive pode haver fundamentos ou valores conflitantes em uma ordem pluralista, em razão da lógica dialética do sistema. A dimensão de peso ou importância dos princípios exige a fundamentação da escolha entre eles, inclusive de preponderância de um deles. Por isso a aplicação dos princípios se dá mediante a ponderação dos interesses ou valores. À vista do caso concreto devem-se fazer concessões recíprocas, sacrificando o mínimo possível de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em conflito.<sup>12</sup>

Observe-se que a distinção entre regras e princípios não é de fácil e inequívoca compreensão, eis que há regras que em razão de técnica legislativa possuem termos de conteúdo aberto ou indeterminado, como, por exemplo, “ordem pública” e “relevante interesse coletivo”. Destarte, o intérprete ao aplicar tais regras abertas também deverá utilizar certa subjetividade, formulando qual decisão

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 34-35.

<sup>10</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>. Acesso em: 08/10/2009.

<sup>11</sup> BARROSO, L. R Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) in GRAU, E. e CUNHA, S. S. da (coord.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 45-46.

<sup>12</sup> Ibidem. pp. 47-48.

concreta será a mais adequada à situação de fato,<sup>13</sup> assim como no caso de proteção ao núcleo essencial dos princípios e dos direitos fundamentais, o que exige uma prévia ponderação de interesses.

O significado das regras e dos princípios jurídicos depende do resultado da tarefa interpretativa da norma, sendo esta gênero das espécies regras e princípios.<sup>14</sup>

Dworkin e Alexy fazem uma separação qualitativa entre regras e princípios. Para Dworkin, a idéia positivista de um sistema jurídico formado exclusivamente por regras não consegue resolver a situação dos casos jurídicos complexos, hipóteses que exigem um juízo de ponderação entre princípios, buscando no caso concreto aquele que tiver maior relevância. A questão não é de validade, como nas normas, que são ou não aplicadas em sua inteireza: ou valem e são aplicadas, ou não são válidas e deixam de ser aplicadas. Alexy também faz uma distinção qualitativa entre regras e princípios, afirmando que estes últimos devem ser realizados na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, não se olvidando que a completa realização de um determinado princípio pode ser obstada pela realização de outro, caso em que há colisão entre princípios e, portanto, deve haver um sopesamento entre eles. Por isso os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que podem se revelar menos amplos após o sopesamento com os princípios colidentes, de forma que o grau de realização dos princípios pode variar, ao contrário das regras, que expressam direitos e deveres definitivos.<sup>15</sup>

Desta forma, Virgílio Afonso da Silva observa que a conceituação tradicional da doutrina jurídica brasileira e a de que os princípios são normas fundamentais do sistema jurídico, os mandamentos nucleares ou núcleos de condensações, enquanto que as regras seriam a forma de se concretizar os princípios. Contudo, o autor ressalta que o conceito de princípio de Alexy é axiologicamente neutro, não faz referência à fundamentalidade da norma, mas somente à sua estrutura normativa, de forma que um princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, mas também pode não o ser.<sup>16</sup>

Humberto Ávila sustenta que a diferença entre regras e princípios está no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos que as regras. A crítica de Virgílio Afonso da Silva é que a distinção entre regras e princípios é entre dois tipos

---

<sup>13</sup> Ibidem. pp. 48-49.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 103.

<sup>15</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. Acesso em: 08/10/2009.

<sup>16</sup> Ibidem.

de normas e não dois tipos de textos legais, pois tanto regras quanto princípios pressupõem uma interpretação prévia, porém não possuem a mesma estrutura. Após a interpretação, a regra já é subsumível, mas os princípios podem entrar em colisão com outros, demandando um sopesamento. Assim, a característica que distingue princípios e regras não é a existência de vagueza ou de uma consequência determinada. A diferença é que as regras expressam deveres definitivos, enquanto que os princípios expressam deveres *prima facie*. O conteúdo do dever-ser do princípio é aplicável somente no caso concreto e por ser *prima facie* é realizável em medidas diversas.<sup>17</sup>

Inobstante tal constatação, tradicionalmente os princípios são conceituados como *standards* juridicamente vinculantes, baseados na “idéia de direito” ou nas exigências de justiça, condensando os valores mais relevantes para o direito.<sup>18</sup> Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, já que estabelecem esses fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo direta ou indiretamente normas de comportamento. Seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, de forma que não se configuram regras suscetíveis de aplicação, pela ausência do caráter de proposição jurídica em sentido formal: hipótese de incidência e consequência jurídica. Os princípios teriam função de fundamento normativo para as tomadas de decisões.<sup>19</sup> Diferenciam-se das regras porque têm maior grau de abstração e, por conseguinte, menor densidade normativa (*fattispecies* indeterminadas, ao contrário das regras).

Além disso, as regras se aplicariam por subsunção, eis que o seu conteúdo é formado por preceitos definitivos, ao contrário dos princípios, que são preceitos de otimização, cumpridos em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas pelo método da ponderação. Outras diferenças apontadas pela doutrina tradicional: (a) os princípios podem ser expressos ou implícitos, já as regras são sempre expressas; (b) o conflito entre regras gera uma antinomia que é resolvida pelos critérios cronológico, de hierarquia e especialidade, enquanto que os princípios podem ajustados, ponderados; e (c) os princípios tem posição elevada no ordenamento jurídico, sendo que a regra que não concretizar adequadamente certo

---

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: compreensão crítica*. Juruá Editora: Curitiba, 2003. p. 108.

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 35-36.

princípio pode perder a sua eficácia – o que justifica interpretação *contra legem*, se a regra contrariar um princípio. Enfim, não há uma regra de valoração dos princípios, eles devem ser ponderados diante das circunstâncias do caso concreto. Eles visam à busca de coerência e harmonização da complexidade que o sistema jurídico busca regular, servindo de norte para a interpretação jurídica.<sup>20</sup>

Segundo Juarez Freitas, entende-se o princípio fundamental como diretriz basilar do sistema jurídico, uma disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas (regras) e até mesmo aos próprios valores, constituindo-se elementos norteadores da atividade do intérprete, especialmente se constatada uma antinomia jurídica. Na opinião deste autor as normas são preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, devendo ser harmonizados com os princípios conformadores do sistema jurídico.<sup>21</sup>

Karl Engisch ainda prevê a inevitabilidade de contradições entre princípios, as quais ele conceitua como desarmonias que aparecem no ordenamento jurídico em razão de existirem diversas idéias fundamentais entre as quais pode se estabelecer um conflito.<sup>22</sup>

Para Canaris os princípios têm um conteúdo axiológico explícito, mas carecem de normas para sua concretização. Seu conteúdo de sentido somente seria encontrado por um processo dialético de complementação e de limitação com outros princípios ou mesmo regras.

Dworkin ataca o positivismo de maneira geral, sobretudo levando em consideração o modo aberto de argumentação permitido pelo uso dos princípios. Para ele, as regras são válidas, e a respectiva consequência normativa deve ser aceita, ou não são válidas, sendo, portanto, aplicadas do modo tudo ou nada. Já os princípios podem ser conjugados com outros fundamentos, de maneira que possuem uma dimensão de peso. Quando houver colisão entre princípios, aquele que tiver peso relativamente maior prevalecerá, sem que o outro perca a sua validade.

Já para Alexy, os princípios jurídicos são uma espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários

---

<sup>20</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 109-111.

<sup>21</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. Editora Malheiros: São Paulo, 1995. p. 41-42.

<sup>22</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008. p. 318.

graus, conforme as possibilidades fáticas e normativas. No caso de colisão entre princípios, não se determina imediatamente a prevalência de um ou outro, mas mediante a ponderação dos princípios em face do caso concreto.

Os princípios têm essa dimensão de peso e somente se concretizam nos casos concretos mediante a solução da colisão com outros princípios, já que, ao contrário das regras, não determinam diretamente as conseqüências normativas. Por isso, os princípios são tidos como deveres de otimização. Alexy afirma que os princípios colidentes limitam a sua aplicação reciprocamente, enquanto que a colisão entre regras é solucionada pela declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia. Estas impõem obrigações absolutas, já os princípios instituem obrigações *prima facie*, superadas ou minimizadas por outros princípios colidentes.

As regras são normas que exigem, proíbem ou permitem algo, quando verificados certos pressupostos, de forma definitiva. Já os princípios exigem a realização de alguma coisa da melhor maneira possível, segundo as possibilidades de fato e de direito, impondo por isso a otimização de um direito ou bem jurídico, levando em consideração a reserva do possível, seja ela fática ou jurídica.<sup>23</sup>

Canotilho afirma que o sistema jurídico (sistema dinâmico de normas) do Estado de Direito português é um sistema normativo aberto (estrutura dialógica de forma a permitir que as normas constitucionais se adequem as alterações da idéia de verdade e justiça) de regras e princípios. A existência de regras e princípios permite a afirmação de que o sistema constitucional é aberto. O referido autor afirma que regras e princípios são espécies de normas, havendo vários critérios de distinção.<sup>24</sup> Os princípios são normas que impõem uma otimização podendo ser concretizados conforme as condições de fato e de direito e as regras prevêm de maneira imperativa uma exigência que é ou não cumprida, de maneira que há

---

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.<sup>a</sup> ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p. 1239.

<sup>24</sup> Os princípios têm um grau de abstração significativamente mais elevado do que as regras; quanto ao grau de determinabilidade, os princípios são vagos e indeterminados, necessitando de mediações concretizadoras e as regras podem ser aplicadas diretamente no caso concreto; os princípios têm natureza de normas estruturantes do sistema jurídico e um papel fundamental devido a sua superioridade hierárquica no ordenamento; os princípios estão mais próximos da noção de direito pois são *standarts* juridicamente vinculantes enraizados nas exigências de justiça, segundo a teoria de Dworkin e as regras têm somente um conteúdo funcional; e por fim, os princípios tem função normogenética e sistêmica, já que são o fundamento das regras jurídicas e se irradiam no sistema jurídico de forma a fundamentar o sistema constitucional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.<sup>a</sup> ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p. 1143-1144).

conflito entre os princípios (eles coexistem, permitem o balanceamento de valores e interesses), enquanto que entre as regras há antinomia, pois elas se excluem. A ponderação e harmonização entre os princípios consistem na constatação de que há *standards* que *prima facie* devem ser realizados, já as normas não podem ser válidas simultaneamente<sup>25</sup>.

Certo é que tanto as regras como os princípios dependem de procedimentos que lhe garantam operacionalidade na prática, assim como o direito constitucional, enquanto sistema aberto de normas e princípios, para se tornar efetivo.<sup>26</sup>

Sendo assim, a divergência entre a aplicação de princípios e regras, embora ambos sejam espécies de normas jurídicas que dependam de uma prévia interpretação, reside na aplicação *prima facie* dos princípios, que dependem de uma ponderação entre os princípios e direitos fundamentais conflitantes, e na constatação de que as regras já são subsumíveis após a interpretação.

Contudo, a questão enfrentada neste trabalho é a hipótese de a regra jurídica processual conter uma cláusula geral, cujo método de interpretação será enfrentado em item específico.

## 2.1. CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO A CLASSIFICAÇÃO DE HUMBERTO ÁVILA.

Humberto Ávila, ao estudar a evolução entre a conceituação de princípios e regras, critica alguns critérios de distinções utilizados pela doutrina, sistematizando-os de maneira didática.

### 2.1.1. Critério do caráter hipotético-condicional (se, então)

As regras são aplicadas do modo “se, então”, predeterminando a decisão a partir da hipótese e da consequência. Os princípios somente indicam o fundamento que o intérprete deve usar para encontrar a norma futuramente diante do caso concreto. Indicam o fundamento para se encontrar determinado mandamento, enquanto as regras determinam a própria decisão. Assim, as regras seriam descritivas e os princípios estabeleceriam apenas uma diretriz. Todavia, tal critério é

---

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1145-1146.

<sup>26</sup> Ibidem. p. 1147.

impreciso, na medida em que o conteúdo normativo tanto das regras quanto dos princípios depende das possibilidades fáticas e normativas verificadas quando do processo de aplicação, pela decisão interpretativa, principalmente no caso das cláusulas gerais.

Ávila afirma que os princípios também podem ser reformulados linguisticamente de modo hipotético, assim como as regras. A espécie da norma e seus atributos normativos não decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo. Não é a exteriorização do dispositivo que determina totalmente o modo como a norma vai ser aplicada ou regular a conduta. Um dispositivo formulado de maneira hipotética pelo legislador pode ser considerado um princípio pelo intérprete. Tudo depende das conexões valorativas de sua argumentação e da finalidade que ele pretende alcançar. A relação entre as normas constitucionais e os fins e valores para cuja realização aquelas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada diretamente ao texto constitucional. Não se pode afirmar que um dispositivo constitucional é ou contém uma regra ou princípio antes da interpretação.

Os princípios também possuem conseqüências normativas. Os fins a que se referem devem ser julgados relevantes diante do caso concreto e o comportamento necessário para a realização ou preservação do estado de coisas que deve ser adotado. Portanto, em que pese não descreverem expressamente um comportamento, indicam em nível abstrato os comportamentos que devem ser adotados.<sup>27</sup>

### 2.1.2. Critério do modo final de aplicação

Segundo este critério, as regras são aplicadas de maneira absoluta, “tudo ou nada”, enquanto os princípios são aplicados de maneira gradual, “mais ou menos”.

Para Alexy, as regras são normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem ou não devem ser ponderadas. Instituem obrigações definitivas, não superáveis por normas contrapostas. A crítica de Humberto Ávila a este critério é que o modo de aplicação também não está determinado pelo texto

---

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 40-43.

objeto de interpretação, mas é decorrente das conexões axiológicas construídas pelo intérprete. Destarte, o caráter até então absoluto da regra pode ser modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, deixando de se aplicar a consequência estabelecida *prima facie* pela norma por razões superiores àquelas que servem de justificação da própria regra, razões que não foram imaginadas pelo legislador<sup>28</sup>, já que a característica dos dispositivos legais é a generalização. Assim, a consideração de situações concretas e individuais diz respeito a aplicação tanto de princípios quanto às regras, em especial no método de concreção.

Há também regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado previa e integralmente, ficando sob a responsabilidade do intérprete a sua aplicação ou não no caso concreto<sup>29</sup>. No caso das cláusulas gerais, a atuação do intérprete na tarefa de decidir acerca dos limites da aplicação da norma ocorre de maneira acentuada, sendo imprescindível a análise detalhada do caso concreto e das normas de direito fundamental, como se verá a seguir.

Daí que não se pode afirmar que as regras são aplicadas ao modo do “tudo ou nada”, a não ser que todas as questões referentes à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estejam superadas. Humberto Ávila assevera que “a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra.”<sup>30</sup>

As características específicas das regras surgirão somente após a interpretação, quando se compreenderá quais as consequências que serão implementadas no caso concreto. A diferença entre regras e os princípios é o grau de abstração anterior à interpretação, maior no caso desses últimos, eis que não se vinculam a um comportamento específico no plano abstrato. As consequências das regras são identificadas de maneira imediata, ainda que devam ser corroboradas pelo processo de aplicação. Contudo, a aplicação da regra depende de uma interpretação conjunta com os princípios relacionados a ela. E os princípios dependem, de maneira geral, de complementação das regras para serem aplicados. Ambos permitem a consideração dos aspectos concretos e individuais, embora não haja obstáculos institucionais no caso da aplicação de princípios pela ausência de

---

<sup>28</sup> ÁVILA. Op. cit. p. 44-47.

<sup>29</sup> Ibidem. p. 47.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 48.

descrição do comportamento específico necessário para o atingimento de seu fim. Já a regra, por funcionar por si própria razão para a adoção de determinado comportamento, exige um ônus argumentativo maior para a superação dessa em virtude das características do caso concreto, mediante a ponderação dos argumentos para sua aplicação ou não<sup>31</sup>.

### 2.1.3. Critério do conflito normativo

A antinomia entre as regras é um verdadeiro conflito, solucionado através da declaração de invalidade de umas delas ou da criação de uma exceção, conforme os ensinamentos de Alexy. A colisão entre princípios consiste em um imbricamento, cuja solução se dá mediante ponderação, ou seja, atribuição de peso para cada um deles.

Dworkin reconhece que a dimensão de peso dos princípios se exterioriza na hipótese de colisão entre eles. Já Alexy afirma os deveres de otimização dos princípios jurídicos, que são aplicados em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas.<sup>32</sup>

A crítica de Humberto Ávila a este critério é que o conflito entre regras não é necessariamente resolvido pela declaração de invalidade de uma delas ou pela abertura de uma exceção, já que pode haver regras que embora determinem comportamentos contraditórios, sejam ambas consideradas válidas no sistema jurídico. Exemplo disso é a regra que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto do litígio e a regra que determina que o Estado deve fornecer gratuitamente medicamentos excepcionais para pessoas que não possam arcar com o tratamento médico.<sup>33</sup> Nesses casos em que há conflito concreto entre regras, assim como ocorre com os princípios, deve-se utilizar a ponderação atribuindo-se peso maior ou menor conforme a finalidade de cada norma: vida do cidadão ou intangibilidade das receitas da Fazenda Pública.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> ÁVILA. Op. cit. p. 48-49.

<sup>32</sup> Ibidem. p. 51-52.

<sup>33</sup> Art. 1º da Lei n.º 9494/1997 – que alude ao art. 1º da Lei 8.437/1992 que, por sua vez, em seu § 3º dispõe não ser cabível medida liminar contra atos do Poder Público que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação – e art. 1º da Lei Estadual n.º 9908/1993, do Rio Grande do Sul, respectivamente.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 52-53.

Ainda, a exceção à regra pode estar prevista no próprio ordenamento jurídico (ainda que não explicitamente), devendo o juiz fazer uma ponderação entre as razões para se aplicar a norma jurídica ou se aplicar o dispositivo que permite a exceção, sopesando os argumentos e circunstâncias.<sup>35</sup>

Ademais, ainda que uma regra não seja aplicável ao caso concreto em virtude de ser conflitante com outra que se atribui maior importância, aquela auxiliará o processo de construção da norma jurídica, servindo de contraponto valorativo, da mesma forma que os princípios conflitantes com o princípio que prevalece em determinada decisão, após a ponderação dos interesses, devem ser aplicados no seu máximo possível e auxiliar a interpretação do princípio prevalente.<sup>36</sup>

Ávila também retrata que o afastamento da aplicação de um precedente judicial cujo entendimento já está consolidado na jurisprudência também exige a ponderação de razões e uma fundamentação judicial suficiente.

Daí porque a ponderação não é um procedimento específico de aplicação de princípios, mas de qualquer norma jurídica.<sup>37</sup> Para Humberto Ávila, a única distinção entre princípios e regras é a determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação:

**Os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.<sup>38</sup>**

#### 2.1.4. Critério do fundamento axiológico

Os princípios, ao contrário das regras, são fundamentos axiológicos para a tomada de decisões, embora outras regras também sirvam de parâmetro para a aplicação do direito como um todo, ante a proibição de decisão *contra legem*..

---

<sup>35</sup> Ibidem. p. 54-55.

<sup>36</sup> Ibidem. p.57.

<sup>37</sup> Ibidem. p. 58-59.

<sup>38</sup> Ibidem. p.63.

### 3. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E VALORES

Quanto aos valores *stricto sensu*, Juarez Freitas aponta que a única diferença desses com os princípios, que também consagram valores, é que estes têm a forma mais elevada de diretrizes o que falta aos valores, pelo menos em grau e intensidade.<sup>39</sup>

Nas palavras de Eduardo Cambi, os princípios não se confundem com os valores por possuírem um grau de concretização mais elevado, um início de previsão e de consequência jurídica.

---

<sup>39</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. Editora Malheiros: São Paulo, 1995. p. 42.

## CAPÍTULO II – TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS

### 4. CONCEITO DE CLÁUSULA GERAL

O positivismo legalista tornou-se obsoleto a partir da constatação de que o juiz não pode mais vincular-se à lei de forma tão rigorosa ante a impossibilidade de edição de legislação completa e exaustiva de maneira que a sua interpretação seja exata e que afaste qualquer dúvida na ocasião de sua aplicação<sup>40</sup>, conforme brevemente relatado na introdução deste trabalho.

As lacunas são falhas ou omissões de conteúdo de regulamentação jurídica para determinada situação na qual se esperava a sua existência, e este erro ou omissão pode ser corrigido através da decisão judicial integradora. Contudo, não há lacuna quando a legislação possui um conceito normativo indeterminado ou cláusula geral, reconhecendo um grau de variabilidade da decisão judicial. Há sim uma previsão de ajustamento da decisão jurídica às circunstâncias do caso concreto e às concepções valorativas.<sup>41</sup>

O legislador, por mais que se esforce na tentativa de prever a regulamentação de todas as situações futuras, fundamentando-se no que ocorre no presente e no que já se consolidou no passado, estará sempre aquém das modificações sociais ocorridas numa sociedade complexa e globalizada. Sem falar no progresso dos meios eletrônicos que exigem que o procedimento processual seja célere, eficaz e acompanhe o desenvolvimento tecnológico, com o aperfeiçoamento da técnica do processo virtual.

As cláusulas gerais não têm uma estrutura própria e o seu significado está no campo da técnica legislativa, eis que devido à sua generalidade, elas trazem a possibilidade de sujeitar várias situações a uma consequência jurídica. A utilização das cláusulas gerais evita o risco de domínio apenas fragmentado e provisório da matéria jurídica, o que ocorre no casuísmo.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008. p. 206.

<sup>41</sup> *Ibidem*. p. 279-280.

<sup>42</sup> *Ibidem*. p. 233-234.

As cláusulas gerais são normas ou preceitos jurídicos com termos ou expressões que tem grau elevado de generalidade. Não se exige, portanto, método de interpretação distinto dos conceitos indeterminados.<sup>43</sup>

A positivação das cláusulas gerais, por carecerem de preenchimento com valorações, faz com que a própria lei deixe uma margem para valorações extralegis e mutáveis. Por isso as cláusulas gerais não dão critérios necessários para a sua concretização, que somente poderá ser determinada com a consideração do caso concreto.<sup>44</sup>

Cláudio Luzzatti confirma isso ao assegurar que as cláusulas gerais são normas parcialmente em branco, completadas por meio de referências a regras extrajurídicas. Deste modo, a concretização das cláusulas gerais exige o reenvio do julgador a valores e padrões sociais que não estão nelas descritos ou nem mesmo no próprio ordenamento jurídico.<sup>45</sup>

Fabiano Menke, em um artigo que explica magistralmente a utilização das cláusulas gerais no sistema jurídico alemão, sustenta o caráter de espécie normativa da cláusula geral, que proporciona ainda maior relevância ao trabalho dos julgadores que não são meros aplicadores da lei (o juiz não é mais somente a “boca da lei”), mas verdadeiros intérpretes do sentido da legislação diante do caso concreto, pela atividade de concreção e não de mera subsunção do fato à disposição legal. O autor cita a afirmação de Dawson que na Alemanha, quando o legislador utilizou cláusulas gerais no BGB, reconheceu a incompletude do código e a necessidade de sua integração, principalmente pela ação do Judiciário a partir de fontes localizadas até mesmo fora do código<sup>46</sup>.

Não se pode esquecer que no direito brasileiro as cláusulas gerais tiveram sua maior importância originalmente no âmbito do direito civil, sendo de relevância as obras civilistas para auxiliar a tarefa de encontrar uma melhor interpretação acerca das cláusulas gerais. No que tange ao princípio da boa-fé objetiva, Clóvis de Couto e Silva registra a importância da positivação das cláusulas gerais, eis que sem dispositivo legal específico a percepção ou captação de sua aplicação torna-se

---

<sup>43</sup> Ibidem. p.329.

<sup>44</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistêmico e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989. p. 123-142.

<sup>45</sup> LUZZATTI *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.329-330.

<sup>46</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 11, 2004.

difícil ante a ausência de uma lei de referência a que possam os juízes relacionar sua decisão<sup>47</sup>.

Judith Martins-Costa utiliza a doutrina de Karl Engisch ao afirmar que as cláusulas gerais têm um conceito multissignificativo. A autora afirma que as cláusulas gerais são

**(...) o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, (...) das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico.**<sup>48</sup>

A civilista assevera o caráter de técnica legislativa em contraposição à técnica da casuística, em referência à obra de Karl Engisch. Na técnica da casuística a configuração da hipótese legal é específica, condicionando-se a casos particulares, o que tem como consequência o enrijecimento da legislação infraconstitucional. Trata-se de uma concreção especificativa, delimitando-se juridicamente “um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais.”<sup>49</sup>

É o que se denomina técnica da regulamentação por *fattispecie* (particularidade do fato), quando o legislador delimita de maneira mais completa possível os critérios de aplicação da norma ao caso concreto (subsunção), cabendo pouco trabalho ao intérprete na tarefa de determinar o alcance e o sentido da norma jurídica.<sup>50</sup>

Por serem “dotadas de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência<sup>51</sup>”, em evidente contraposição à pretensão de completude da casuística. Observe-se que não se trata de delegação de discricionariedade ao julgador, pois este é

<sup>47</sup> COUTO E SILVA *apud* MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 14, 2004.

<sup>48</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 275-274.

<sup>49</sup> ENGISCH, Karl *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 286).

<sup>50</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* p. 297.

<sup>51</sup> *Ibidem.* p. 299.

remetido para critérios axiológicos objetivamente válidos na sociedade, como no caso dos direitos fundamentais.

Ocorre que é freqüente a mescla entre a casuística e as cláusulas gerais na tarefa de regulamentação, relativizando a diferença entre ambas. Uma mesma disposição, nas palavras de Judith Martins-Costa, pode possuir graus de vagueza e casuísmo.<sup>52</sup>

Ainda sobre o conceito de cláusula geral, cumpre destacar o seguinte excerto da obra de 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 dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja 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 *ressistematização* destes elementos originalmente extra-sistêmicos no interior do ordenamento jurídico.**<sup>53</sup>

Portanto, as cláusulas gerais são uma modalidade legislativa por meio da qual o juiz deve preencher as lacunas da lei quando a interpreta, de modo a fazer a adequação do modelo aberto no caso concreto, sempre considerando os princípios constitucionais. Em uma análise processualista, o julgador tem a possibilidade de adaptar o processo ao meio mais adequado e idôneo, a fim de efetivar a jurisdição através de uma interpretação construtiva<sup>54</sup>, como será analisado no item ‘6’, acerca dos métodos de interpretação das cláusulas gerais. Sendo assim, as cláusulas gerais são normas ou preceitos jurídicos que possuem expressões de elevado grau de generalidade<sup>55</sup>, cujo sentido pode ser especificado, com a respectiva valoração no caso concreto, e sedimentado pela jurisprudência.

---

<sup>52</sup> Ibidem. p. 302.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 303.

<sup>54</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.219-223.

<sup>55</sup> Ibidem. p.230.

Ruy Alves Henriques Filho ensina que as cláusulas gerais são medidas legislativas que permitem a abertura de um sistema jurídico fechado e casuístico, típico da concepção do sistema jurídico do legalismo, resultado do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito<sup>56</sup>.

As cláusulas gerais seriam normas jurídicas cuja previsão normativa possibilita a tutela de um vasto número de casos (generalidade). O jurista alemão Kanabrou diz que as cláusulas gerais são normas com no mínimo um conceito carecedor de preenchimento valorativo. Ele também assevera que as cláusulas gerais promovem o reenvio a outros valores existentes dentro e fora do sistema, obrigando o intérprete a buscar auxílio em outras fontes axiológicas<sup>57</sup>.

Ralph Weber restringe o conceito de cláusula geral afirmando que a imprecisão se espalha por todo o espectro do conceito da norma, atingindo o núcleo e a auréola conceitual<sup>58</sup>, o que remete de certa forma ao conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Assim como no caso dos direitos fundamentais para a teoria de Alexy, Karl Engisch também identifica que os conceitos indeterminados possuem um núcleo conceitual, no qual se identifica claramente o conteúdo e a extensão do conceito, e um halo conceitual, nos quais as dúvidas começam a surgir.<sup>59</sup> O conceito seria tão abstrato que não haveria como se determinar um núcleo conceitual de forma nítida e inequívoca. A solução do caso dependeria da transformação da norma no caso concreto e do apelo a valores ético-morais. As cláusulas gerais, desta forma, funcionam como captadores da variação da realidade.

#### 4.1. CLÁUSULA GERAL E CONCEITO INDETERMINADO

Karl Engisch assegura que é raro encontrar no direito conceitos determinados de maneira absoluta. O autor define conceito indeterminado como aquele cujo conteúdo e extensão são incertos em larga medida<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Ver item 11 deste trabalho, acerca do neoconstitucionalismo.

<sup>57</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 14-15, 2004.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 16.

<sup>59</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008. p. 208-209.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 208.

Há também, segundo este autor, conceitos normativos que carecem de um preenchimento valorativo e que serão estabelecidos em cada caso concreto.<sup>61</sup> A função de tais conceitos é a de permanecerem abertos ante as mudanças dos valores, das concepções éticas vigentes. Os conceitos são concretizados mediante sua interpretação e a determinação da valoração correspondente ao caso concreto aproxima-se de certo modo à subsunção. Por meio destas valorações, a adaptação à peculiaridade do caso concreto torna-se mais elástica conforme a mudança das concepções valorativas.<sup>62</sup>

Judith Martins-Costa afirma que os conceitos jurídicos indeterminados são termos intencionalmente vagos e imprecisos utilizados muitas vezes na criação da hipótese legal. As cláusulas gerais, por sua vez, são normas cujo enunciado<sup>63</sup>, em vez de definir de maneira rigorosa a hipótese legal e a consequência jurídica, propositadamente é redigido de forma flexível, capaz de permitir a incorporação de valores e princípios, captando as mudanças ético-morais da sociedade<sup>64</sup>. Tanto os conceitos indeterminados quando as cláusulas gerais formam o sistema jurídico aberto. A autora cita John Dawson para alegar que as cláusulas gerais foram responsáveis por uma aproximação entre o rígido sistema do *civil law* ao da *common Law*, caso se leve em consideração os resultados práticos de comparação com os conceitos balizados jurisprudencialmente, em que pese o distanciamento entre estruturas e métodos dos sistemas jurídicos<sup>65</sup>.

Denote-se que tanto os conceitos jurídicos indeterminados quanto as cláusulas gerais, por seu elevado grau de vagueza semântica, reenviam o intérprete a *standards* valorativos fora do sistema jurídico positivo. Judith Martins-Costa explica que se o termo indeterminado estiver somente descrevendo um fato, há somente uma interpretação para se fazer a subsunção do caso concreto à norma, não há criação do direito.<sup>66</sup>

Assim, Judith Martins-Costa diferencia conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Os conceitos jurídicos indeterminados se diferenciam das cláusulas gerais porque já apresentam a consequência da norma, os efeitos que incidirão no

---

<sup>61</sup> Ibidem. p. 213.

<sup>62</sup> Ibidem. p. 239-240.

<sup>63</sup> A autora esclarece que se denominam cláusulas gerais as normas jurídicas que contêm uma cláusula geral.

<sup>64</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

<sup>65</sup> Ibidem. p. 293.

<sup>66</sup> Ibidem. p.326.

caso concreto, enquanto nas cláusulas gerais a atividade do juiz é mais complexa, já que ele é quem determina as consequências práticas<sup>67</sup>.

## 5. CARACTERÍSTICAS

Judith Martins-Costa observa que Karl Engisch incorreu em equívoco ao afirmar a existência de uma contraposição entre a técnica da casuística e das cláusulas gerais, pois o contrário daquela é o legislar mediante “normas dotadas de vagueza socialmente típicas” (normas vagas ou abertas, o que engloba, além das cláusulas gerais, alguns princípios e conceitos indeterminados). A expressão “vagueza socialmente típica”, utilizada por Cláudio Luzzatti, é observada quando o dispositivo normativo contém algum termo que possui conceito valorativo determinado somente mediante referência a parâmetros variáveis de juízo, da moral social e do costume. Tal expressão é gênero do qual os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são espécies, conforme assevera Martins-Costa. E ainda, a autora afirma a sua preferência ao termo “vagueza” em relação ao termo “generalidade” nestas modalidades de “normas dotadas de vagueza socialmente típicas”, em razão da imprecisão de significado. Para ela, geral é o enunciado que vale para todos os objetos de determinada classe, de maneira que as cláusulas somente são gerais caso sejam extensas o suficiente para tratar de uma ampla esfera de casos. Já um enunciado genérico é quando inexiste especificação, havendo, em decorrência disso, alusão a uma pluralidade de casos. Ainda, o enunciado ou termo será ambíguo se assumir mais de um significado em relação a um contexto determinado, em razão da homonímia ou polissemia. A civilista conclui que as cláusulas gerais não são necessariamente gerais, não são ambíguas, nem genéricas, mas se caracterizam pelo uso de expressões ou termos vagos na descrição da *fattispecie* ou na concessão de um mandato ao juiz para a concretização das consequências normativas almejadas<sup>68</sup>.

Deve-se atentar ao caráter vago da linguagem empregada nas cláusulas gerais. Enunciado vago é aquele que quando utilizado, além das hipóteses incontroversas, faz surgir alguns casos-limite, nos quais há incerteza da aplicação

---

<sup>67</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 15, 2004.

<sup>68</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 303-306.

do enunciado normativo.<sup>69</sup> Esses casos-limite são formados por *fattispecies* concretas cuja qualificação é intrinsecamente incerta, não havendo condições de se afirmar a sua correspondência à *fattispecie* legalmente prevista, mesmo que se tenha pleno conhecimento da matéria de fato e de direito. Judith Martins-Costa afirma que há no direito uma “polaridade dialética”: a necessidade de certeza jurídica, de um lado, e a necessidade de imprecisão do outro, para que seja possível adequar a *fattispecie* normativa às ocasiões novas que sequer poderiam ser previstas pelo legislador. Assim, ao lado dos enunciados normativos dotados de alta precisão, é necessária a existência de outros cuja vagueza possibilita a tutela aos casos-limite.<sup>70</sup>

Para Judith Martins-Costa, os princípios jurídicos são conceitos juridicamente indeterminados. Ela distingue as cláusulas gerais de princípios, pois aquelas em sua grande maioria contêm esses em seu enunciado ou mesmo permite a sua formulação.<sup>71</sup>

A autora remete à teoria dos princípios de Dworkin ao explicar que as cláusulas gerais têm uma dimensão de peso ou importância para o intérprete das normas que os consignam, de forma diferente da aplicação das regras. O princípio pode ser aplicado ou não em determinado caso jurídico sem perder a validade no sistema.<sup>72</sup>

A cláusula geral pode conter um princípio ou reenviar ao valor que este exprime. Uma norma pode ser ao mesmo tempo princípio e cláusula geral.<sup>73</sup> Observe-se que há princípios expressos na legislação, e outros que são formulados pela atividade judicial, sendo implícitos ou inexpressos no ordenamento jurídico positivo. Judith Martins-Costa afirma que na visão da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que tem no seu enunciado uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga. A necessidade de segurança jurídica típica do Estado Liberal alude à necessidade de precisão, eis que a norma dotada de vagueza demanda construção por parte do intérprete, sob o propósito de evitar abusos e discricionariedade por parte do Judiciário. Observe-se que por ser

---

<sup>69</sup> Ibidem. p. 307-308.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 311-312.

<sup>71</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.315-316.

<sup>72</sup> Ibidem. p.319.

<sup>73</sup> Ibidem. p.323.

técnica legislativa, as cláusulas gerais serão sempre expressas, embora possam conter princípios.

Portanto, a vagueza é a característica essencial das cláusulas gerais. Destarte, mister se pensar acerca de como seria a melhor forma de aplicação judicial das cláusulas gerais, o que será tratado no item a seguir.

## 6. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Segundo Dworkin o sistema jurídico é aberto, formado por normas, princípios, valores e formas de argumentação, sendo que a integridade desse sistema resulta da coerência entre os enunciados lingüísticos e as razões que fundamentam decisão. A teoria clássica do silogismo jurídico e da subsunção, após a crítica de Dworkin ao positivismo, vai sendo substituída por uma ponderação orientada por valores e princípios constitucionais.

Se a realidade social está em constante transformação, não se pode simplesmente aplicar o direito mediante uma operação silogística entre o texto legal e as circunstâncias do caso concreto. Deve haver um processo de contínua adaptação das regras e princípios do sistema jurídico com as peculiaridades de determinado momento histórico, social, econômico e cultural. Para isso, deve-se retirar a força normativa da Constituição Federal de 1988 que, ao contemplar os direitos fundamentais, permite a construção de um método interpretativo que possibilita a releitura do direito infraconstitucional à luz da “Lei Fundamental”.<sup>74</sup>

Cristina Queiroz doutrina que uma leitura principialista da ordem jurídica reclama uma justificação não apenas interna, mas também externa do raciocínio jurídico, dotado de coerência ou congruência em relação ao direito constitucional, buscando uma efetividade otimizada, assim como Alexy defendia no caso de aplicação de princípios. A autora portuguesa evidencia o caráter aberto dos direitos fundamentais, importante para a proteção dinâmica destes<sup>75</sup>.

A concreção torna-se, em vez da tradicional dedução, instrumento positivador de normas inseridas, não de maneira a substituir a atividade legislativa já que o próprio legislador inseriu as cláusulas abertas no sistema jurídico. Ruy Alves

---

<sup>74</sup> CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: compreensão crítica*. Juruá Editora: Curitiba, 2003. p. 104.

<sup>75</sup> QUEIROZ, Cristina *apud* HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 219-223.

Henriques Filho, na esteira dos ensinamentos de Ingo Sarlet, reconhece que o próprio conceito material de direitos fundamentais é aberto, abrangendo direitos não expressamente positivados na Constituição. Ainda assim, o autor não olvida a posição de Alexy, pois, ainda que não escritos, tais direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes para a sociedade que não podem ser deixados a mercê da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.

Na cláusula geral, além dessa subsunção de casos-limite à *fattispecie*, deve-se determinar quais os feitos incidentes no caso concreto e sua respectiva gradação, ante a existência de várias soluções.<sup>76</sup> A interpretação interliga a abstração e a concretude, quando há efetivamente, no caso concreto, a inserção do direito na vida social.<sup>77</sup>

Neste sentido é a opinião de Ruy Alves Henriques Filho:

**A vida que se dá aos ordenamentos constitucionais é a resposta ao clamor popular por mais justiça social, menos legalismo e especial efetiva à decisão judicial. A leitura que a cláusula geral determina está de acordo com a expectativa dos que lidam com o mundo do direito, bastando o interessado, colorir a moldura legislativa aberta com valores e conceitos fáticos, que permitam a concreção judicial. A tarefa não será cumprida facilmente, mas está posta.**<sup>78</sup>

## 6.1. SUBSUNÇÃO OU CONCREÇÃO?

À medida que modelos normativos abertos, vagos e carentes de precisão são inseridos na legislação brasileira, em posição de destaque, deve haver uma adaptação dos processos intelectivos na aplicação do direito. O método mais adequado para o julgador trabalhar com as cláusulas gerais é a concreção e não a mera subsunção de conceitos.

A subsunção é a aplicação lógica do direito. A partir da confrontação entre a premissa maior (tipo legal) e a premissa menor (fatos do caso concreto), chega-se à conclusão: a consequência legal para a hipótese fática vertente. A subsunção exige

<sup>76</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.327.

<sup>77</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 103.

<sup>78</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *As cláusulas gerais e seus reflexos processuais*. Disponível em: <[http://www.fagundesjunha.org.br/amapar/revista/artigos/ruy\\_clausulas.doc](http://www.fagundesjunha.org.br/amapar/revista/artigos/ruy_clausulas.doc)>. Acesso em: 01 out. 2008.

a construção da premissa maior. A estrutura da norma como imperativo impõe um comportamento, qualificando-o através do estabelecimento da hipótese de incidência (*facti species*), cuja ocorrência desencadeia a consequência jurídica. Observe-se que a *facti species* não somente descreve de forma genérica e abstrata um comportamento, pois traz em si elementos prescritivos, tipificando a conduta. Essa tipificação, contudo, não é evidente. A qualificação jurídica para efeito de decisão tem que ser construída. Primeiro, é preciso identificar no caso concreto o que aparece no texto legal expresso por conceitos indeterminados e valorativos. Aqueles manifestam vagueza, não sendo possível determinar de antemão sua extensão denotativa, como no exemplo da expressão “perigo iminente”. Já os conceitos valorativos, segundo Tércio Sampaio Feraz Júnior, abrem certa margem de discricionariedade. Contudo, a concreção dos conteúdos normativos vagos ou ambíguos não é arbitrária, pois é balizada pelo próprio sistema, com a utilização do próprio princípio da legalidade, típico do positivismo jurídico, que proíbe decisão *contra legem*.<sup>79</sup>

Humberto Ávila analisou a subsunção como aplicação mecânica da lei, típica do positivismo jurídico do século XIX, onde o sistema jurídico almejava ser fechado e imóvel. A subsunção pressupõe a exata correlação entre o conceito fático e o conceito normativo, algo difícil de alcançar em razão da autonomia de ambos. Destarte, a subsunção pura somente é adequada para as “normas caracterizadas pela formação rígida ou tipificação máxima, onde o intérprete tem pouco espaço e necessidade de elucubrações de índole valorativa”<sup>80</sup>, o que vai de encontro às normas do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e das alterações legislativas relativamente recentes do Código de Processo Civil, como se verá no último capítulo deste trabalho. Ainda, registre-se que a aplicação de uma norma pelo método da subsunção, no qual a consequência jurídica é determinada pela dedução, exige menos do intérprete na sua tarefa de fundamentação do que comparado a uma norma aberta que carece de valoração.

As normas abertas, tais como as cláusulas gerais, exigem maior esforço do intérprete por necessitarem de complementação valorativa, cuja fonte será buscada em outros espaços do sistema jurídico ou mesmo fora dele. A aplicação do direito

---

<sup>79</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. pp. 311-313.

<sup>80</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 18-19, 2004.

pela concreção depende da análise do juiz acerca do caso concreto e de todas as circunstâncias do caso: conteúdo da norma, precedentes judiciais, dentre outros<sup>81</sup>.

Larenz explica que no processo de concreção, o juiz ao apreciar o caso concreto não deve apenas generalizá-lo, mas individualizar até certo ponto o seu critério regulador, de forma que a atividade do juiz não se esgota na subsunção<sup>82</sup>, ocorrendo uma efetiva criação judicial para a hipótese fática em questão. A concreção dos conceitos também exige a valoração judicial dos resultados da decisão, ou seja, a projeção dos efeitos que provavelmente serão obtidos com interpretações diversas. Dessa forma, é essencial a sensibilidade do magistrado, pois os efeitos da decisão podem ser variados, dependendo a solução do caso da capacidade do juiz encontrar os caminhos adequados para a resolução prática do litígio.

Humberto Ávila critica a atividade de subsunção de conceitos anteriormente prontos à aplicação do direito em geral, seja na hipótese de princípios ou regras. O significado de uma norma jurídica construída a partir de um dispositivo legal<sup>83</sup> não decorre diretamente do conteúdo das palavras do texto legal, mas precisamente de seu uso e interpretação<sup>84</sup>, como comprovam as modificações de sentidos no tempo e espaço, bem como as controvérsias doutrinárias acerca do melhor sentido que se deve atribuir a ele. Ademais, o processo legislativo é complexo, de forma que não há como se determinar a intenção do legislador, o que pressupõe um autor individual e

---

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2009, p. 34.

<sup>82</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997. p. 164.

<sup>83</sup> Há que se diferenciar textos legais e normas jurídicas, já que estas são os sentidos construídos da interpretação sistemática daqueles. O objeto da interpretação são os dispositivos e a norma é o seu resultado. Há casos em que há norma sem dispositivo legal que lhe sirva de substrato (como por exemplo, a certeza do Direito) e dispositivos legais que não dão origem a nenhuma norma (como o caso da expressão "proteção de Deus", positiva no preâmbulo da Constituição Federal de 1988). Há também dispositivos a partir dos quais se constrói mais de uma norma, como nos casos em que o STF declara a inconstitucionalidade de determinada disposição legal sem redução de texto, mantendo o dispositivo, mas declarando nulas as normas construídas a partir dele em dissonância com a Constituição Federal. E ainda, há normas que são construídas a partir de mais de um dispositivo, como a segurança jurídica, que pode ser extraída dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2009. p. 30-31). Sobre o assunto: "A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos." A apreensão sensorial dos símbolos lingüísticos associada a idéias e noções forma um juízo que se apresenta, finalmente, como proposição. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8).

<sup>84</sup> Sobre a diferença entre norma jurídica e texto legal conferir o item '1' do capítulo I desta monografia.

uma vontade unívoca. A interpretação normativa não se caracteriza como a descrição de um significado dado previamente, mas de uma decisão que constitui, constrói a significação e os sentidos dos termos legais, por meio da concretização que ocorre no uso. Não haveria um significado anterior ao término do processo de interpretação, mas somente significados mínimos decorrentes do uso ordinário ou técnico da linguagem.

Destarte, Humberto Ávila conclui que o intérprete não somente constrói, mas reconstrói o sentido a partir dos significados incorporados ao uso lingüístico. Interpretar seria construir a partir de algo, utilizando os textos normativos como pontos de partida limitadores da construção de sentidos, já que eles preexistem ao processo interpretativo individual e manipula a linguagem a partir da incorporação de núcleos de sentido. Por exemplo, mesmo expressões que possuam significação indeterminada, tais como “provisória” e “ampla” tem núcleos de sentidos que permitem indicar pelo menos situações em que inequivocamente não se aplicam: provisória não será a medida que produz efeitos ininterruptos no tempo e ampla não será a defesa que não dispõe de todos os meios indispensáveis à sua mínima realização. Assim, interpretar juridicamente é construir a partir de algo, no caso as normas jurídicas a partir dos textos normativos, que limitam a construção de sentidos, ao incorporar núcleos de sentido preexistentes ao processo interpretativo individual e já muitas vezes consagrados pelo uso. Se o Poder Judiciário e a Ciência do Direito desconsideram esses limites ao construir significados, isto é, ao interpretar os dispositivos legais e a partir deles reconstruir sentidos, pode haver um descompasso entre a previsão constitucional, por exemplo, e o direito constitucional concretizado. Outrossim, não se olvide que o Judiciário concretiza o ordenamento jurídico apenas em face do caso concreto.<sup>85</sup>

Sobre a concretização constitucional, Canotilho explica que é um trabalho técnico-jurídico por meio do qual se constrói a norma jurídica concreta a partir do texto normativo, num processo de densificação de regras e princípios constitucionais. O autor assegura que a concretização e a densificação estão

---

<sup>85</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2009. p. 31-34.

interligadas, pois se condensa um espaço normativo (preenche-se uma norma) para possibilitar a concretização e, por conseguinte, sua aplicação no caso concreto.<sup>86</sup>

Daí a importância do direito constitucional na tarefa de concreção das cláusulas gerais, para se encontrar o sentido do conceito aberto não somente segundo as peculiaridades fáticas, mas também levando em consideração os direitos fundamentais. Veja-se:

**(...) as cláusulas gerais se tornam ferramentas especiais do direito (traduzido como integridade), quando nas mãos dos operadores do direito; assim, natural concluir que os mecanismos positivados destinados a contribuir para efetividade do processo, de modo algum, prescindem de uma leitura constitucional para o seu manuseio. A concreção da norma aberta é fato, liga umbilicalmente o exercício do direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, seja no seu aspecto de complementaridade via decisão judicial, seja pela justa dinamização do tempo de duração do processo.**<sup>87</sup>

## 6.2. MÉTODO DO GRUPO DE CASOS

A fonte primordial de direito no sistema romano-germânico é a lei, mas os precedentes judiciais têm grande destaque na aplicação do direito pela concreção. A doutrina alemã desenvolveu o método de grupos de casos (*Fallgruppenmethode*) para auxiliar o intérprete das cláusulas gerais.

Casos isolados compõem um grupo de casos já decididos acerca de determinada norma e o caso a ser julgado é comparado com esses grupos. Se houver identidade fático-normativa, o caso pendente de julgamento é adicionado ao grupo de casos já consolidado<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.<sup>a</sup> ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p. 1185.

<sup>87</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 4.

<sup>88</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 22, 2004. Acerca do método de grupos de casos, pode-se exemplificar com o que ocorreu na jurisprudência brasileira com relação à cláusula geral da boa-fé objetiva, que só foi inserida na legislação civil pelo Código Civil de 2002, contudo já era consolidada a sua aplicação com base no princípio da boa-fé e mesmo na jurisprudência consumista. Sobre o assunto: "A vigência do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, em particular, tem sido fecunda na experiência brasileira: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, que não encontravam lugar, nem expressa nem implicitamente, no Código Civil, remodelam a atuação da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o

Ralph Weber, jurista alemão, criticou o uso do método do grupo de casos na aplicação das cláusulas gerais. Para ele, a aplicação irrestrita de tal método transforma as cláusulas gerais em normas subsumíveis, generalizantes, ao invés de atender a justiça do caso individual. As cláusulas gerais buscam a justiça no caso individual, enquanto que as normas de tipicidade rígida buscam efetivar a segurança jurídica, sendo ambos os fundamentos da regulação jurídica das relações sociais. O autor defende que o enquadramento das cláusulas gerais nos grupos de casos promove a tipificação daquelas e possibilita a subsunção do caso concreto a elas, em detrimento da concreção de justiça segundo as peculiaridades fáticas.

Além disso, a utilização do método de grupos de casos seria uma criação jurisdicional de norma abstrata, tarefa esta do legislador, o que implicaria a violação do princípio da separação dos poderes. Isso porque a fim de se enquadrar o caso ao grupo de casos previamente formado se desconsiderariam as suas peculiaridades individuais, generalizando-o. Desta forma, as cláusulas gerais perderiam suas características ontológicas de vagueza e incerteza.<sup>89</sup> Daí que o limite desse método é a ausência de vinculação absoluta aos precedentes, embora estes tenham valor para se garantir a segurança jurídica e o tratamento jurisdicional igualitário.

Axel Beater, outro jurista alemão, rebateu os argumentos lançados por Weber, defendendo que não é necessário que o legislador edite leis de forma exhaustiva acerca de determinadas matérias, restringindo-se a estabelecer padrões mínimos, cabendo ao Poder Judiciário desenvolver posteriormente o sentido da lei mediante o enfrentamento das variações valorativas do meio social.<sup>90</sup>

Weber diz que, sem a valoração do caso individual, o método do grupo de casos traz o perigo de se proceder apenas a subsunção por meio dos grupos de casos típicos, sem levar em conta as funções jurídicas e sociais das cláusulas gerais. Um super desenvolvimento da jurisprudência, com uma grande especialização de grupos de casos, pode sufocar a cláusula geral e a sua característica de abertura. A premissa maior seria o conjunto de precedentes e não o tipo legal.

---

*conteúdo do Estado social de Direito delineado pelo constituinte.*" (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: Temas de Direito Civil – Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 43).

<sup>89</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 22-26, 2004. Sobre as características das cláusulas gerais conferir o item 5 do capítulo II desta monografia.

<sup>90</sup> *Ibidem*. p. 26-27.

Observe-se que a premissa maior, no caso das cláusulas gerais, deve ser construída pelo julgador através da concreção, de maneira que a subsunção não é o melhor método para interpretar as cláusulas gerais. Sendo assim, deve-se reconhecer a importância dos precedentes para a interpretação das cláusulas gerais, na definição de suas características básicas para situações que encontram uma identidade fática sem, no entanto, defender o método do grupo de casos como método único de aplicação das cláusulas gerais.<sup>91</sup>

Os juristas concordam quase que de forma unânime que a jurisprudência tem um papel de co-protagonista na formulação do direito e frequentemente consultam o significado atribuído a uma disposição legal antes de encontrar a solução de uma controvérsia. No entanto, muitas vezes não se reconhece a jurisprudência como fonte do direito.<sup>92</sup> Embora haja mecanismos de vinculação das decisões judiciais aos entendimentos dos Tribunais Superiores, como a própria súmula vinculante, há por outro lado a liberdade de convicção do juiz. Contudo, na prática, ainda que seja de forma parcial, não somente nas decisões judiciais de primeira instância, mas também nos manuais de direito positivo encontram-se explicações de que a jurisprudência decidiu de determinada forma, ou a expressão “segundo a jurisprudência”. A importância da elaboração de significados por parte da jurisprudência a partir do texto legal é de grande importância para limitar a discricionariedade interpretativa, de forma que pelo menos as interpretações dos significados tenham eficácia *erga omnes*.<sup>93</sup>

Em muitos casos não é possível ao juiz fazer a decisão decorrer apenas da lei e das valorações do legislador que ele deve conhecer. Os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais dependem do preenchimento valorativo adicional a ser feito pelo juiz face ao caso concreto, situações essas em que não é possível ao legislador tomar uma decisão prévia, o que Larenz denomina jurisprudência de valoração.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais (...). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 26-27, 2004.

<sup>92</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria de direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 177.

<sup>93</sup> *Ibidem*. p. 177

<sup>94</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.<sup>a</sup> ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997. p. 164.

Para Larenz, a subsunção exige a prévia interpretação da lei a qual o fato será subsumido.<sup>95</sup> Os valores são suscetíveis de fundamentação e, assim, em certa medida passíveis de controle racional.<sup>96</sup> O método da ponderação de bens no caso concreto serve para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam em determinado caso concreto.<sup>97</sup>

Ao tratar dos conceitos que carecem de preenchimento de conteúdo valorativo, os tribunais superiores consolidam uma jurisprudência em que é possível estreitar as margens da livre interpretação do juiz, criando possibilidades de comparação. Contudo, a consideração das circunstâncias do caso concreto não possibilita uma simples subsunção. Assim, Larenz conclui que a comparação de casos possibilita analogias e até mesmo uma tipificação de casos, mas a ponderação dos bens em conflito não se tornará supérflua, em que pese seja facilitada pela prévia jurisprudência dos tribunais superiores.<sup>98</sup>

### 6.3. LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Interpretar para o jurista, nas palavras de Karl Engisch, é encontrar o conteúdo (definição, indicação de conotações conceituais) e o alcance (extensão, apresentação de casos passíveis de subordinação, ou seja, subsunção ao conceito jurídico) dos conceitos jurídicos.<sup>99</sup>

As cláusulas gerais dão certa dose de imprevisibilidade e insegurança, a despeito de sua finalidade ser o alcance da justiça no caso concreto. Deve-se afastar o voluntarismo puro e o mero arbítrio do julgador, sendo de grande relevância a sensibilidade jurídica e social do julgador. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o juiz deve fundamentar ainda mais a decisão quando utilizar as cláusulas gerais do que em outros casos, explicitando às partes e à comunidade jurídica as razões de seu convencimento. O sistema jurídico que detém normas abertas aumenta a responsabilidade do Judiciário e da doutrina, cuja postura crítica

---

<sup>95</sup> Ibidem. p. 165.

<sup>96</sup> Ibidem. pp. 166-167.

<sup>97</sup> Ibidem. p. 575.

<sup>98</sup> Ibidem. p. 610.

<sup>99</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008. p. 126.

construtiva da jurisprudência é essencial, contribuindo no controle das decisões em que o juiz tem que preencher valorativamente alguma norma de conteúdo aberto.

Humberto Ávila afirma que o Poder Judiciário concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto e, assim como a doutrina, constrói significados, mas encontra limites na própria lingüística do texto constitucional, cuja desconsideração cria um descompasso entre o texto e o direito constitucional concretizado. Assim, não se pode compreender “todos os recursos” como *alguns recursos*, “trinta dias” como *mais de trinta dias* e “ampla defesa” como *restrita defesa*.<sup>100</sup> Da mesma forma, o núcleo conceitual das cláusulas gerais e dos conceitos abertos e indeterminados não podem ser desrespeitados pelo intérprete. Ainda que os limites dos termos dotados de vagueza não sejam delineados pelo dispositivo legal que os contém, há um significado mínimo da sua utilização lingüística que não pode ser frontalmente enfrentado. Não se olvide a importância do texto constitucional na tarefa de interpretação das normas infraconstitucionais, em especial dos conceitos indeterminados.

O intérprete constrói as normas a partir dos dispositivos legais mediante as conexões axiológicas que estabelece, de forma que não se pode afirmar que determinado dispositivo contém uma regra ou princípio. Contudo, o intérprete não é livre, eis que o ordenamento jurídico estabelece a realização de fins e a preservação de valores, bem como a busca de bens jurídicos essenciais para estas finalidades.<sup>101</sup> Assim, o intérprete deve explicitar as versões de significado dos dispositivos de acordo com os fins e valores presentes na Constituição.

Segundo Peter Häberle, a vinculação do juiz à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Não se pode afirmar que as influências, expectativas e obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas ameaçam a sua independência, já que tais influências contêm uma parte de legitimação, evitando o livre arbítrio da interpretação judicial. A tolerância a garantia de independência dos juízes só é possível em razão de que outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem o material para a lei.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (...)* 10ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2009. p. 31-33.

<sup>101</sup> *Ibidem*. p. 34.

<sup>102</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Fernando Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. p. 31.

Sobre o princípio da proibição do excesso, Canotilho esclarece que não é apenas proibir o arbítrio, mas impor positivamente que os atos do poder público sejam exigíveis, adequados e proporcionais aos fins que se destinam, que tenham “justa medida”. Sobre o princípio de acesso à jurisdição, afirma que não se trata apenas da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas que garanta o exercício efetivo deste direito.<sup>103</sup>

Canotilho explica a teoria de Ronald Dworkin para a interpretação constitucional, que parte dos seguintes princípios: (a) a soberania da Constituição em relação às normas infraconstitucionais, pois tanto as regras constitucionais específicas como os conceitos vagos (*standarts*) limitam o direito da maioria; (b) sustenta-se a objetividade da interpretação, pois ainda que os juízes apelem para os princípios da justiça, liberdade, igualdade, dentre outros, a interpretação da Constituição leva em consideração contexto histórico, as regras processuais e os precedentes (especialmente no *common law*); (c) a interpretação substancial da Constituição deve ir além do conteúdo das regras jurídicas (como querem as teorias interpretativistas<sup>104</sup>), abrangendo os princípios jurídicos abertos através da mediação judicial concretizadora.<sup>105</sup>

Portanto, a interpretação das cláusulas gerais encontra limites objetivos nos enunciados das normas constitucionais e também nos núcleos de significados consagrados pela linguagem comum e mesmo pela jurisprudência.

---

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p. 1149.

<sup>104</sup> Segundo Canotilho, “as correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitas”, ainda quem não se confunda com o literalismo. Os não interpretativistas defendem a interpretação da constituição que, por ter regras concretas e princípios abertos e valorativos, com lacunas e incompletudes, de forma que a atividade concretizadora do poder jurisdicional seja sensível às modificações (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p. 1179).

<sup>105</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1180-1181.

## CAPÍTULO III – DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 7. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alguns direitos considerados naturais e inalienáveis dos indivíduos foram incorporados no ordenamento jurídico positivo, fenômeno que se chama posituação dos direitos fundamentais. As normas constitucionais constituem o ápice dos direitos fundamentais em relação às fontes do direito e a posituação garante a proteção daqueles sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional, de modo que os direitos fundamentais deixam de ser retórica política ou meras esperanças e aspirações.<sup>106</sup>

Canotilho define os princípios jurídicos fundamentais como:

**(...) princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.**<sup>107</sup>

Assim, cumpre distinguir a fundamentalidade formal e a material. A primeira, está associada à constitucionalização, sendo que as normas fundamentais (que consagram direitos fundamentais) são hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico e vinculam imediatamente as esferas de poder do Estado, em especial os órgãos jurisdicionais. A segunda consiste no reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto estruturas básicas do Estado e da sociedade, abrindo a Constituição a outros direitos fundamentais que não estejam formalmente constitucionalizados, isto é, fora do catálogo de direitos fundamentais positivados na Constituição, o que o autor denomina cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.<sup>108</sup> Desta forma, os direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles consagrados na Constituição. Todavia, os direitos formalmente fundamentais, embora não possuam forma constitucional, são

---

<sup>106</sup> Ibidem. p.375.

<sup>107</sup> Ibidem. p. 1149.

<sup>108</sup> Ibidem. p.377.

reconhecidos e protegidos na legislação infraconstitucional e nos tratados internacionais. Trata-se de uma norma de *fattispecie* aberta que abrange outros direitos que não estejam concretamente positivados. A questão problemática é saber diferenciar quais direitos não constitucionalizados tem dignidade suficiente para serem reconhecidos como fundamentais.<sup>109</sup>

A importância desta distinção entre direito constitucional e constituição rígida e formal é porque existem normas constitucionais não positivadas na Constituição, as chamadas normas de direito constitucional material, que versam acerca da estrutura do Estado, funcionamento de seus órgãos e direitos e deveres dos cidadãos. Observe-se que a rigidez constitucional é responsável pela transformação de todas as normas que integram a constituição em normas constitucionais formais.<sup>110</sup>

Canotilho assevera que há autêntica colisão de direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular”,<sup>111</sup> considerando que os princípios são direitos *prima facie* e não direitos definitivos, eis que a sua aplicação definitiva depende da ponderação e da conformidade com as peculiaridades do caso concreto. A harmonização dos direitos no caso de conflitos constitucionais pode acarretar, assim, a prevalência de um direito ou bem jurídico em relação a outro, mas somente após um prévio juízo de ponderação que leve em conta as circunstâncias fáticas pode se chegar à conclusão de qual direito tem mais peso no caso concreto.<sup>112</sup>

Direitos fundamentais, segundo Müller, são garantias de proteção criadas por determinados complexos individuais e sociais de ação, organização e de matérias.<sup>113</sup> Segundo Ruy Alves Henriques Filho, as normas de direitos fundamentais têm caráter de supernormas, ou seja, não podem ser vistas como determinação legal a uma única finalidade. Desta forma, o autor afirma que não se pode aplicá-las de maneira restrita ou reduzida. E prossegue doutrinando que, após a Segunda Guerra Mundial, surge na Alemanha os conceitos de multifuncionalidade

---

<sup>109</sup> Ibidem. p.401.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002. p. 45-46.

<sup>111</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1253.

<sup>112</sup> Ibidem. p. 1255-1256.

<sup>113</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

e pluridimensionalidade dos direitos de liberdade fundamentais. O autor afirma que na França o positivismo institucional considerava os direitos constitucionais obrigações positivas e não meros direitos declarados, de forma a evidenciar o caráter constitutivo do direito, o que sustenta a modalidade legislativa das cláusulas gerais.

Ingo Sarlet conceitua os direitos fundamentais como reivindicações concretas que surgem a partir de situações de flagrante injustiça e agressão a bens fundamentais do ser humano. Perez Lunõ diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos; aqueles são mais precisos e restritos, pois abarcam os direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos garantidos pelo direito positivo.<sup>114</sup>

Ruy Alves Henriques Filho também noticia a definição de Alexy acerca dos direitos fundamentais que seriam posições jurídicas referentes às pessoas que foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e por isso perderam seu caráter de disponibilidade (direitos fundamentais em sentido formal, já que consagrados na Constituição) ou, mesmo não positivados, direitos que possam ser, por seu conteúdo e significado, agregados à Constituição material (direitos fundamentais em sentido material, equiparados aos direitos formalmente fundamentais). O autor aponta que o rol do artigo 5º da Constituição Federal, segundo dispõe o seu § 2º, não é taxativo, mas apenas exemplificativo, havendo outros direitos fundamentais ao longo do texto constitucional.

O autor faz referência à obra de Cristina Queiroz, a qual entende os direitos fundamentais como elementos definidores e legitimadores de toda ordem jurídica positiva e formam, por isso, um sistema de valores. José Afonso da Silva utiliza a expressão “direitos fundamentais do homem” para os princípios que informam, em cada ordenamento jurídico, a ideologia política e a concepção do mundo, expressando prerrogativas e instituições que garantem a convivência entre as pessoas de forma livre e igualitária.

A limitação dos direitos fundamentais corresponde ao peso atribuído pela Constituição a eles em relação a outros direitos. Ainda, Ruy Alves Henriques Filho afirma que os direitos fundamentais têm dois planos distintos: formal e material. Do ponto de vista material os direitos fundamentais são componentes estruturais

---

<sup>114</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 38.

básicos do ordenamento jurídico, sendo expressão jurídica de um sistema de valores.

Os direitos fundamentais possuem três áreas: delimitação, limites e conteúdo essencial. Segundo a teoria de Alexy de que existem três círculos concêntricos que representam a estrutura interna dos direitos fundamentais: (a) a delimitação, onde se fixam os conteúdos de proteção *prima facie*, protegidos pela inviolabilidade; (b) os limites, assim como qualquer direito, para que seja possível a convivência social; (c) conteúdo essencial, que seria um núcleo irreduzível e inacessível a qualquer limitação.

O julgador ao resolver pela aplicação de um direito fundamental não extingue ou anula o outro, mas opta justificadamente pelo princípio que seja decisivo para a justa composição da lide. Diversas situações fáticas acarretam a colisão entre princípios e “a única saída para o julgador será controlar a racionalidade da argumentação capaz de fazer valer um princípio em face de outro” fazendo um balanceamento entre os direitos fundamentais.<sup>115</sup> O julgador deverá interpretar a norma de acordo com o texto constitucional utilizando-se de uma declaração parcial de nulidade sem redução de texto a fim de criar a norma jurídica mais adequada ao caso concreto.

Para Pérez Luño os direitos fundamentais são a principal garantia dos cidadãos de um Estado de Direito cujo sistema jurídico e político se orienta pela proteção da pessoa humana, em sua dimensão individual (Estado Liberal de Direito) conjugada com a existência de solidariedade da vida social (Estado Social de Direito)<sup>116</sup>. Os direitos fundamentais são o conjunto de valores objetivos básicos (*Grundwert*) da normativa constitucional, marco de proteção das situações jurídicas subjetivas. São a expressão do conjunto de valores e princípios básicos de uma sociedade que foram consagrados na normativa constitucional e a legislação infraconstitucional deve estar em conformidade com estes direitos fundamentais.

Segundo o Tribunal Constitucional Espanhol, os direitos fundamentais são o ponto de partida para toda e qualquer interpretação ou aplicação do direito, pois informam todo o ordenamento jurídico<sup>117</sup>. Pérez Luño reconhece também a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pois determinam a proteção da

---

<sup>115</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49.

<sup>116</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Tecnos: Madrid, 2004. p. 20.

<sup>117</sup> *Ibidem*. p. 21-22.

liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos frente ao Estado, mas também frente às demais pessoas da sociedade (relações entre particulares), principalmente se levar em consideração que a igualdade formal da sociedade neocapitalista não pressupõe a igualdade material pela existência de centros de poder que não correspondem aos órgãos públicos que podem de certa forma obstaculizar o uso e o gozo dos direitos fundamentais.<sup>118</sup>

A transição do Estado Liberal ao Estado Social de Direito foi responsável pela extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento jurídico, inclusive os que regulam a esfera privada.<sup>119</sup> Nas palavras de Pérez Lunõ:

**(...) en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: em el plano *subjetivo* siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y coletivos de la subjetividad, mientras que em el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de La cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.**

Registre-se o comentário do ilustre professor Elimar Szaniawski de que os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana se constituem o substrato dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão. O professor afirma que a Constituição Federal adotou a cláusula geral como princípio fundamental da ordem jurídica brasileira:

**(...) o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do art. 1º [Constituição Federal], deve ser lido como uma verdadeira cláusula geral constitucional de tutela da personalidade. Este dispositivo combinado com o art. 12, do CC de 2002, que é uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, revelam ao operador do direito o direito geral de personalidade adotado pelo direito brasileiro, erigido ao lado de direitos especiais de**

---

<sup>118</sup> Ibidem. p. 22-23.

<sup>119</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Tecnos: Madrid, 2004. p. 23.

personalidade, casuisticamente escolhidos e disciplinados pelo legislador.<sup>120</sup>

## 8. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Conforme o ensinamento de Ruy Alves Henriques Filho, o julgador deve também aplicar diretamente o conteúdo da norma fundamental, já que é seu dever, assim como de outras entidades públicas e privadas atender as diretrizes constitucionais. O autor assegura que o controle da constitucionalidade das normas possibilita ao juiz aplicar diretamente as garantias de direitos fundamentais no processo judicial, da forma mais adequada ao direito material.

A incorporação dos direitos fundamentais na Constituição tem como consequência a indisponibilidade deles pelo legislador infraconstitucional. O efeito mais evidente da constitucionalização é a proteção dos direitos fundamentais por meio do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas que regulamentam estes direitos. Daí porque os direitos fundamentais são normas jurídicas vinculativas.<sup>121</sup>

Canotilho afirma que garantias são direitos nos quais a teoria clássica exaltava o caráter instrumental de proteção dos direitos. Trata-se do direito dos cidadãos a exigir do Estado a proteção de seus direitos, inclusive no estabelecimento de meios processuais adequados a este fim,<sup>122</sup> como as cláusulas gerais no processo civil, a fim de possibilitar a adequação da tutela jurisdicional efetiva segundo o caso concreto e possibilitar a proteção dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário deve defender os direitos fundamentais, mas, como órgãos do poder público, eles próprios são vinculados aos direitos, liberdades e garantias de maneira que a função jurisdicional deve ser exercida através de um processo justo e os direitos fundamentais materiais devem nortear as decisões judiciais. Desta forma o procedimento jurisdicional está constitucionalizado, isto é o direito processual deve ser compreendido constitucionalmente, à luz dos direitos

---

<sup>120</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. p. 559.

<sup>121</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p.376.

<sup>122</sup> *Ibidem*. p.394.

fundamentais.<sup>123</sup> Ocorre que nem sempre a lei está em conformidade com a Constituição e o juiz deve obediência a lei (princípio da legalidade), mas não pode aplicar normas violadoras de dispositivo ou princípio constitucional. Assim, a Constituição prevalece por ser norma hierarquicamente superior, sobretudo as normas constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias, de modo a conformar a lei com as normas e princípios constitucionais. Logo, a lei deve ser examinada sob a ótica da constitucionalidade.<sup>124</sup>

Sobre a atuação do Poder Judiciário no que tange aos direitos fundamentais, Canotilho assegura que se a lei for indubitavelmente inconstitucional, segundo o juiz na análise do caso concreto, não deve ser aplicada, sobretudo se violar direitos, liberdades e garantias. Caso, em razão da inaplicação da lei, o juiz se defrontar com lacuna do ordenamento jurídico, deve proceder a complementação, recorrendo às normas e princípios constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias. Não há uma alternativa de escolher a vinculação à lei ou à Constituição, pois as vinculações são concorrentes, de maneira que o juiz deve aplicar a lei em conformidade com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição<sup>125</sup>.

Na obrigação de tutela adequada dos direitos fundamentais temos a garantia dos meios processuais adequados a uma defesa ativa dos direitos fundamentais (*status activus processualis*).<sup>126</sup>

Nesse sentido os direitos de defesa integram a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica, notadamente, às garantias processuais.<sup>127</sup>

Compete ao Estado disponibilizar meios eficazes para garantir o exercício de liberdades e garantias fundamentais. O juiz tem o dever de interpretar as normas processuais em consonância com os valores da Constituição Federal.<sup>128</sup> O Estado deve garantir meios suficientes para a aplicação direta de instrumentos que possibilitem o exercício de fato dos direitos constitucionais fundamentais, sendo

---

<sup>123</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p.444.

<sup>124</sup> *Ibidem*. p.445-446.

<sup>125</sup> *Ibidem*. p. 1281.

<sup>126</sup> QUEIROZ, Cristina *apud* HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69-70.

<sup>127</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69-70.

<sup>128</sup> MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 172.

viável a exigência de um procedimento adequado para certa situação processual antes não observada. Assim, a solução é que os juízes busquem uma interpretação das normas processuais de acordo com os ditames constitucionais, de modo a permitir sua aplicação direta e imediata, em prol da efetividade processual<sup>129</sup>.

Além do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e dos princípios do devido processo legal e da celeridade processual, no entendimento de Müller a prestação jurisdicional deve garantir o melhor instrumento possível para o atendimento a outros direitos fundamentais, ainda que não explicitados na carta constitucional e não somente aquele expresso.

A legislação deve ser aplicada e interpretada com a utilização de argumentos valorativos para que seja possível dar vida ao texto constitucional vinculante e auto-aplicável. A cláusula geral é um meio hábil para a efetiva aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais mediante a concreção valorativa realizada pelo intérprete da norma constitucional aberta nos casos em que inexistente previsão legislativa expressa (princípio da proibição do expresse)<sup>130</sup>. Sobre o assunto, Marinoni exemplifica que o direito fundamental à tutela efetiva tem aplicabilidade imediata e sua interpretação somente encontra limites no direito de defesa. O juiz realiza a integração do direito material com o processo por meio da técnica processual mais adequada à luz do direito fundamental discutido no caso concreto.<sup>131</sup>

A concreção judicial dos direitos fundamentais é possibilitada pelas cláusulas gerais processuais, especialmente com a criação do procedimento processual adequado a garantir que o cidadão tenha remédios judiciais disponíveis para se socorrer na ausência de atuação estatal. Isso porque a cláusula aberta possibilita que o aplicador da lei tenha meios adequados resultantes da aplicação de procedimentos efetivamente novos e indeterminados para a tutela dos direitos materiais. Tudo isso não se esquecendo que os direitos fundamentais são multifuncionais e tem proteção dinâmica, isto é não dependem da vontade do Estado para sua utilização e cumprimento. Nos dizeres de Ruy Henrique Alves Filho, "(...) a falta de procedimento adequado para atender um "novo" direito material não pode

---

<sup>129</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Op. cit. p. 74-76.

<sup>130</sup> Ibidem. p. 78.

<sup>131</sup> Ibidem. p. 78-79.

ser óbice para a estagnação da atividade pública, sob pena de frontal desrespeito à ordem constitucional e ao princípio da inafastabilidade.”<sup>132</sup>

Para Marinoni, a título de exemplificação, direito à efetividade é um direito de exigir uma prestação do Estado que deve englobar o direito à técnica processual adequada, direito de participação no procedimento adequado e o direito à resposta jurisdicional.

### 8.1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia jurídico-constitucional de acesso à Justiça é extremamente relevante para defesa dos direitos fundamentais. O art. 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cíveis e Políticos e o art. 10º da Declaração universal dos Direitos do Homem<sup>133</sup> positivaram o direito ao processo equitativo, o que remete à doutrina constitucional norte-americana do *due process of law*. O devido processo legal significa a obrigação de se observar um processo previsto na legislação antes de privar alguém de sua vida, liberdade ou propriedade, segundo a teoria processual.<sup>134</sup> Já a teoria substantiva explica a noção de processo justo segundo a idéia material, pois o direito não é apenas a um processo legal, mas a um processo também justo e adequado, de tal forma que o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça.<sup>135</sup> O devido processo inicia-se no momento da criação legislativa, eis que o legislador não poderia instituir um procedimento legal que não estivesse em conformidade com o direito material especialmente os direitos fundamentais, justificando a *judicial review of legislation*. Isto é, os juízes deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei com fundamentação nos princípios constitucionais de justiça. A evolução do devido processo foi conseqüência da dilatação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, tanto na esfera processual quanto na material. Sem olvidar ainda que o poder jurisdicional ao garantir um processo justo e equitativo deve se ater às condições do caso concreto.

<sup>132</sup> MARINONI. Op. cit. p. 179-180.

<sup>133</sup> Art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.”

<sup>134</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p. 486-487.

<sup>135</sup> *Ibidem*. p. 488.

Em suma, a noção de devido processo está além da justiça processual, pois engloba a conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional.<sup>136</sup>

Segundo Canotilho, as normas, tanto as constitucionais quanto as infraconstitucionais, que garantem a abertura da via judiciária devem assegurar a eficácia da proteção jurisdicional. A proteção jurisdicional dos direitos não pode ser anulada em razão da ausência de uma determinação legal do procedimento judicial adequado.<sup>137</sup>

O direito ao processo equitativo garante o direito a uma decisão fundada no direito, ainda que desfavorável. Também abrange o direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados, pois o direito a tutela jurisdicional não pode ficar comprometido em razão da exigência de requisitos processuais desnecessários, inadequados ou desproporcionais. Canotilho ainda afirma que a proteção jurídica deve ser eficaz (a decisão judicial deve ser vinculativa e prolatada após apreciação da matéria de fato e de direito) e temporalmente adequada, isto é a proteção jurídica deve ser reconhecida em tempo útil, pois “*a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça*”.<sup>138</sup> Não se olvide do direito à execução das sentenças, pois o Estado deve garantir os meios jurídicos necessários e adequados para este fim. E ainda, a dimensão de natureza prestacional da garantia de acesso do Poder Judiciário, pois não se pode denegar a justiça por insuficiência de meio econômicos e o acesso a ela deve observar o princípio de igualdade de oportunidades.<sup>139</sup>

## 9. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Canotilho assevera que de acordo com a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, os direitos, liberdades e garantias aplicam-se imperativa e diretamente nas relações jurídicas privadas. Trata-se de uma eficácia absoluta, sem necessidade de uma atividade de mediação concretizadora por parte dos poderes

---

<sup>136</sup> Ibidem. p.488-489.

<sup>137</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.<sup>a</sup> ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p.491.

<sup>138</sup> CASTAN, Maria Luisa. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.<sup>a</sup> ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001. p.493. Canotilho ainda lembra que se trata de um processo sem dilações desnecessárias, mas não necessariamente de justiça acelerada pois não pode haver a diminuição de garantias processuais e matérias, que poderia resultar numa justiça materialmente injusta.

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p.494-495.

públicos. Para a teoria da eficácia indireta, a aplicação dos direitos, liberdades e garantias depende do legislador, pois aqueles se vinculam *prima facie* sobre esse<sup>140</sup>.

As normas constitucionais, segundo doutrina o jurista Marinoni, deveriam servir para concretização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Direitos fundamentais também podem ter eficácia horizontal de aplicação imediata quando inexistir a intermediação do legislador, de forma que os direitos fundamentais não servem somente para preencher as normas abertas infraconstitucionais. Marinoni afirma que na ausência da lei para aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, o juiz pode recorrer aos conceitos abertos do direito privado, preenchendo-os com o auxílio dos valores constitucionais.<sup>141</sup>

Desta forma, as normas constitucionais têm aplicabilidade plena e imediata, sendo dever do juiz, não somente dar aplicabilidade ao texto constitucional como desconsiderar solução legal que seja destoante dos direitos fundamentais, adotando a medida mais adequada ao caso concreto, tanto no âmbito do direito material quanto no âmbito do direito processual. Contudo, na aplicação das cláusulas gerais poderá haver a necessidade de harmonização entre direitos fundamentais, já que a supressão da omissão legal poderá atingir outro direito fundamental. Nessa hipótese, o conflito entre os direitos fundamentais é resolvido pela ponderação realizada pelo juiz, aplicando a proporcionalidade que as cláusulas gerais possibilitam<sup>142</sup>.

A ausência de norma legislativa autoriza a atividade judicial do julgamento em conformidade com as normas constitucionais, pois a proteção dos direitos fundamentais é dever do Estado, o que inclui a obrigação jurisdicional. Marinoni, como já dito, afirma que quando há omissão do legislador no que tange a aplicabilidade do direito fundamental deve-se admitir a supressão dessa omissão e a eficácia direta e imediata sobre os particulares. No entanto, quando a aplicação direta não é possível, concluindo o magistrado que o legislador negou proteção normativa ao direito fundamental, deve determinar o meio adequado à efetiva tutela

---

<sup>140</sup> Ibidem. p. 1268-1269.

<sup>141</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 87-88.

<sup>142</sup> Ibidem. p. 88-89.

do direito fundamental e ao mesmo tempo possibilitar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu<sup>143</sup>.

A incidência direta de determinados direitos fundamentais depende do uso do princípio da proporcionalidade a fim de dirimir conflitos de direitos fundamentais, o que somente é possível quando há abertura dos catálogos de direitos fundamentais e o legislador tiver optado pela utilização das cláusulas gerais no corpo normativo. Observe-se que as cláusulas gerais não servem para preencher lacunas da legislação. São sim uma estratégia legislativa que permite a construção da norma de direito fundamental no caso concreto, dando vida ao princípio fundamental da efetividade jurisdicional.<sup>144</sup>

## 10. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A aplicabilidade das normas em geral exprime uma possibilidade real de aplicação, a atuação concreta da norma, a subsunção da norma jurídica adequada ao caso concreto<sup>145</sup>. A aplicabilidade das normas constitucionais, assim como as demais normas jurídicas, depende de sua vigência (existência jurídica que a torna a norma exigível), legitimidade (conformação formal e substancial com a constituição) e eficácia (a realizabilidade, a praticidade da norma que potencialmente tem aplicabilidade), embora sociologicamente se afirme que as normas são aplicáveis e eficazes na medida em que são efetivamente cumpridas e observadas<sup>146</sup>.

Na concreção, o juiz insere valores de fato e relativos a princípios quando realiza o julgamento, em especial ante a ausência de norma jurídica perfeitamente adequada para a proteção de direitos fundamentais no caso concreto. O Poder

---

<sup>143</sup> MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 191-192.

<sup>144</sup> Note-se que, segundo ensina Ruy Alves Henriques Filho, quando inexiste qualquer norma capaz de estabelecer o julgamento e mesmo fonte constitucional para nortear a decisão judicial, de maneira que tal omissão fere o princípio da proibição de insuficiência (o Estado tem a obrigação imperativa de proteger a tutela emanada na Constituição), os direitos fundamentais devem ser aplicados independentemente de qualquer permissão legislativa ou previsão de cláusula geral. Tanto é que Celso Bastos e Ives Gandra asseveram que é permitido ao Judiciário aplicar os direitos fundamentais, concretizá-los na ausência de legislação específica. Nas palavras de Ruy Henriques, "os escritores defendem posição que permite ao Poder Judiciário a aplicação direta das normas constitucionais de direitos fundamentais (desde que haja omissão do legislador), no estudo e solução o caso concreto, ratificam o entendimento difundido por Marinoni e Ingo Sarlet" (HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95-96).

<sup>145</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002. p. 51.

<sup>146</sup> *Ibidem*. p. 52-60.

Judiciário deixa de ser mero aplicador do direito para garantir os princípios de justiça, possibilitando pela concreção uma visão constitucional da lei.<sup>147</sup> Isso ocorre inclusive quando há lacunas na lei ou conceitos abertos e indeterminados, cabendo ao juiz uma tarefa maior do que simplesmente revelar a lei, superando o silogismo clássico, seja pelo controle de constitucionalidade ou pela busca de significado que se adéqüe à norma que contém cláusula geral. O juiz aplica os princípios constitucionais pelas cláusulas gerais suprindo a deficiência do legislador. Essa modalidade legislativa possibilita a integridade e a interpretação construtiva segundo os ditames constitucionais com a medida de discricionariedade necessária para a decisão de um caso difícil (quando há conflitos entre direitos fundamentais, segundo a teoria de Dworkin).<sup>148</sup>

Dworkin defende a integridade como melhor forma de interpretar a lei de maneira construtiva, em especial os “*hard cases*”.<sup>149</sup> Sarlet observa que os conceitos abertos dependem de concretização pela exegese.<sup>150</sup>

O processualista Candido Rangel Dinamarco complementa que nos textos em que há mais de uma interpretação possível, deve utilizar a que mais se aproxima do sentido de justiça, mesmo que a lei se aproxime da outra forma de exegese.<sup>151</sup> Os direitos fundamentais apontam qual o sentido que o intérprete deve aplicar a lei ou mesmo suplementá-la.

Em razão do disposto no art. 5º, §1º da Constituição Federal é dever do juiz assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais e suprir alguma lacuna pela falta de concretização, com o fulcro no art.4º da Lei de Introdução do Código Civil.<sup>152</sup>

Ruy Alves Henriques Filho, ao estudar a doutrina de Dworkin, conclui que o juiz deve utilizar a argumentação principiológica e política para buscar uma solução jurídica, fazendo a integração da norma, preenchendo as lacunas e especificando os conceitos indeterminados, utilizando a concreção da jurisdição constitucional para buscar o resultado mais eficaz ao autor e de menor gravame ao réu.

---

<sup>147</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 145-146.

<sup>148</sup> *Ibidem*. p. 174-151.

<sup>149</sup> DWORKIN *apud* HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.151.

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151.

<sup>151</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.153.

<sup>152</sup> *Ibidem*. p.155.

Ao tratar do poder “criador” do juiz, o referido autor utiliza a tese de Dworkin para explicar a utilização das cláusulas gerais na legislação brasileira. O positivismo e o formalismo não são mais suficientes para resolver as questões jurídicas da sociedade hodierna. Os princípios constitucionais devem ser respeitados por todo juiz e Dworkin foi capaz de estabelecer limites para a interpretação judicial, traçando um liame entre a atividade criadora e interpretativa. O juiz deve aplicar a interpretação construtiva citada por Dworkin, mas não é sua função criar norma, salvo se inexistir lei ordinária ou se esta for inadequada para a proteção dos direitos fundamentais.<sup>153</sup> Há um embate entre a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional, mas o juiz deve utilizar a ponderação e outras técnicas para a solução de conflitos entre princípios. O juiz não pode deixar de aplicar o direito ante a insuficiência legislativa ou mesmo ambiguidade, quando há determinação constitucional que garante proteção a um direito fundamental, surgindo a discricionariedade judicial nos casos difíceis.<sup>154</sup> Liebman assegura que o magistrado não deve criar novo direito, mas interpretar, esclarecer, integrar e transformar. A Professora Vera Karam de Chueiri observa que os juízes não são tão livres quanto os legisladores, apóiam suas decisões em princípios e não em políticas e constroem regras antes não conhecidas.<sup>155</sup>

### 10.1. LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas abertas podem ser preenchidas pelos conceitos e princípios constitucionais fundamentais, sendo a atividade do juiz suplementar à atividade do legislador ordinário, atuando de maneira subsidiária para superar a omissão legislativa.<sup>156</sup>

No que tange ao direito processual, o julgador deverá romper os limites da legislação processualista a fim de atender as necessidades do direito material, conformando o processo e a técnica processual com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, o direito do réu à ampla defesa e participação no procedimento. Busca-se, portanto, que o julgador encontre a técnica processual

---

<sup>153</sup> Ibidem. p. 181-182.

<sup>154</sup> Ibidem. p.182-183.

<sup>155</sup> Ibidem. p.187.

<sup>156</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 97-104.

adequada à tutela do direito material, quando houver omissão legislativa, e faça a ponderação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao direito de defesa do réu nos casos em que houver uma norma processual de conteúdo aberto, elegendo qual deverá ter prevalência, segundo o princípio da proporcionalidade. As normas processuais abertas autorizam a aplicação da ponderação, devendo ser objeto do controle de constitucionalidade e interpretadas conforme os princípios consagrados na Constituição. Há a possibilidade de o juiz, segundo as peculiaridades do caso concreto, alargar ou diminuir o prazo para a prática de determinado ato processual, como nos casos das ações de massa que tratam de assuntos idênticos, sempre conforme o princípio da proporcionalidade.

Ruy Alves Henriques Filho defende que deve ser observado o princípio de insuficiência, frente a um conceito aberto, para efetivação da prestação jurisdicional e também o princípio da proibição do excesso, pois a tutela prestada não poder ser além da proteção do direito fundamental. Desta forma, a efetividade dos direitos fundamentais encontra limites, como por exemplo: no princípio da separação dos poderes (eis que não cabe ao judiciário legislar); na falta de legitimação e qualificação dos tribunais para a implementação de programas socioeconômicos, quando houver conflito com outros direitos fundamentais (até mesmo cujos titulares não sejam as partes litigantes) e no caso dos direitos fundamentais prestacionais, nos limites da reserva do possível.<sup>157</sup>

## 11. NEOCONSTITUCIONALISMO

Após a crítica de Dworkin, o positivismo vem sofrendo modificações substanciais para se adequar ao neoconstitucionalismo. As Constituições, na hodiernidade, expressam os valores comuns a indivíduos submetidos à mesma ordem jurídica, valores consagrados no seio da sociedade, considerando democraticamente a pluralidade de sujeitos.

O termo neoconstitucionalismo pode se referir a uma teoria, uma ideologia ou a um método de análise do direito que pretende descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos. Ou, ainda, designar um modelo de Estado de Direito: o paradigma do Estado constitucional de direito.

---

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.156.

Apontam-se algumas características dessa nova cultura jurídica, tais como: (a) a importância dada aos princípios e valores; (b) a ponderação como método de interpretação e aplicação dos princípios e de resolução de conflitos entre valores constitucionais; (c) compreensão de que as normas constitucionais irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando a atividade dos poderes estatais e incidindo até mesmo nas relações privadas; (d) aumento da importância da hermenêutica enquanto papel do Poder Judiciário; e (e) aceitação da conexão existente entre o Direito e a Moral.<sup>158</sup> O professor espanhol Alfonso García Figueroa também aponta algumas propriedades fundamentais que tentam condensar a natureza do paradigma neoconstitucionalista, sendo que para compreensão da temática deste trabalho as seguintes serão consideradas:

**a. Principialismo:** verifica-se uma inegável conexão entre o direito e a moral. Os princípios jusfundamentais servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos.

**b. Estatalismo garantista:** garantia de uma existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais. O Estado é tido como a instância comum à realização dos direitos humanos.

**c. Judicialismo ético-jurídico:** os juízos de adequação e de justificação com natureza ética são postos ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Sendo assim, a aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos.

**d. Juízo de ponderação:** a resolução de *hard cases* exige a criação de normas jurídicas mediante a inserção de argumentos de princípios que, por serem detentores de uma dimensão de peso, devem ser ponderados, sopesados. Observa-se a insuficiência dos critérios tradicionais para a resolução das antinomias jurídicas.<sup>159</sup>

As exigências éticas de dignidade e os conteúdos morais adquirem normatividade ao serem positivados na Constituição mediante normas de direitos fundamentais, que expressam os valores e princípios estruturantes do sistema,

<sup>158</sup> VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2006. Disponível em: <[http://bdt.d.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=710](http://bdt.d.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=710)>. Acesso em: 17/10/2009. p. 41.

<sup>159</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria de direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 65-70.

ocasionando a conexão entre o Direito e a Moral. Pode-se entender que esse paradigma constitucionalista se desenvolveu a partir do segundo pós-guerra (segunda metade do século XX), quando as constituições consagraram direitos, princípios e valores, além dos mecanismos de controle da constitucionalidade, em razão do momento histórico de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, segundo as posições éticas e políticas da sociedade. A Constituição é formada por princípios, especificamente normas de direitos fundamentais que se configuram a posituação dos valores da comunidade, possuindo um denso caráter normativo material e axiológico. A Constituição condiciona a legislação infraconstitucional, a jurisprudência e o trabalho da doutrina, bem como o próprio Estado e as relações sociais privadas.<sup>160</sup>

Destarte, a eficácia dos valores inseridos na Constituição demanda a construção de uma nova hermenêutica envolvendo a teoria da argumentação e dos direitos fundamentais, centrada na supremacia hierárquica da Constituição. O pluralismo social tem elevada importância no modelo jurídico contemporâneo.

A possibilidade de lacunas e a desatualização legislativa são as grandes responsáveis pela insuficiência do positivismo jurídico. A Constituição é responsável pela concretização de valores éticos que não podem estar desassociados do direito e, para isso, deve-se reconhecer a força normativa constitucional e a superação do legalismo, sendo a Constituição o norte da interpretação das regras infraconstitucionais. Interessante a constatação de Zagrebelsky de que na idéia positivista os princípios contaminariam as verdadeiras normas jurídicas por serem fórmulas vagas de aspirações ético-políticas não realizáveis e, portanto, frustradas, o que aumentaria a insegurança jurídica.<sup>161</sup> O neoconstitucionalismo albergou o caráter normativo dos princípios, pois a norma jurídica se desdobra em princípios e regras, como já visto, e não se limita apenas nas normas imperativas do “dever-ser”.

O neoconstitucionalismo surge com a reintrodução das idéias de justiça no sistema jurídico, reaproximando a ética ao direito por meio dos valores presentes na ordem constitucional, que se materializam por meio de princípios (implícita ou explicitamente), sem esquecer-se da importância do ordenamento positivo.

---

<sup>160</sup> VALE, André Rufino do. Op cit. p. 43.

<sup>161</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p. 112.

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da teoria dos direitos fundamentais. O pós-positivismo não se trata de uma mera desconstrução do positivismo, pois guarda uma deferência relativa à legislação, porém introduz também as idéias de justiça e legitimidade, promovendo uma reaproximação entre a Ética e o Direito. Os valores compartilhados pela comunidade em certo momento e local de materializam em princípios que passam a ser abrigados na Constituição. A função dos princípios é condensar valores, dar unidade e harmonia ao sistema jurídico, condicionando a atividade do intérprete.<sup>162</sup> A mudança de paradigma surgiu principalmente após a sistematização de Ronald Dworkin acerca dos diferentes papéis desempenhados por princípios e regras. A Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, permeada por valores jurídicos suprapositivos.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo hábil para o controle da discricionariedade legislativa e administrativa, eis que permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos em que haja inadequação entre o fim perseguido e o meio aplicado, desnecessidade da medida em razão de existir outra que resulte um menor ônus a um direito individual, não haja proporcionalidade em sentido estrito, isto é, o que se perde tem maior relevância do que se ganha.<sup>163</sup>

Destarte, o Pós-Positivismo é uma superação do Legalismo pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade, que integram o sistema jurídico ainda que não positivados em um texto legal.

Não se olvida a importância do neoconstitucionalismo e da garantia expressa dos direitos fundamentais na Constituição para o processo de adequação do direito processual civil ao direito material e mesmo o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário, eis que há muito tempo o juiz deixou de ser um mero aplicador da letra da lei, com a transformação do princípio da legalidade formal. Ruy Alves Henriques Filho anota que o princípio da supremacia da Constituição no período do pós-positivismo foi responsável por uma releitura constitucional acerca

---

<sup>162</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)* in GRAU, Eros e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 43-45.

<sup>163</sup> *Ibidem*. p. 51.

da superlegalidade formal e material da Constituição<sup>164</sup>. Segundo o autor, trata-se de um processo de constitucionalização também do ramo do direito processual civil que deverá ser interpretado em consonância com o direito material e em observância aos ditames constitucionais, especialmente quando o juiz necessita fazer o controle de constitucionalidade de determinada norma processual para efetivar o direito material buscado jurisdicionalmente.

O juiz ao conformar a norma geral ao caso concreto deve ter uma visão crítica da lei em face da Constituição, atuação denominada de “conformação da lei”, sendo necessário o controle de constitucionalidade da legislação ordinária. Ruy Alves Henriques Filho ensina que o neoconstitucionalismo autoriza a concreção da norma pelo juiz em razão do direito fundamental da efetividade da jurisdição. Aludindo à obra de Marinoni, destaca a subordinação da lei aos princípios e direitos fundamentais, asseverando que a compreensão crítica da lei já se trata de concreção, construindo-se uma nova norma ao caso concreto. São os princípios fundamentais que serão o substrato da noção constitucional de justiça.<sup>165</sup>

Na exegese constitucional das leis os princípios fundamentais são dotados de superioridade, o que legitima a sua aplicação no caso concreto. O constitucionalista Luís Roberto Barroso afirma que se o sistema jurídico fosse formado de cláusulas fechadas não seria possível encontrar uma norma que se adequasse a todos os casos e nem sempre a solução dos problemas jurídicos se encontra no relato abstrato da legislação, pois muitas vezes uma resposta constitucionalmente adequada só é possível de ser encontrada no caso concreto. O intérprete se torna participante do processo de criação do direito, “complementando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.<sup>166</sup>

Ruy Alves Henriques Filho cita a idéia de Francisco Cardozo de que a concretização do direito é o objetivo primordial da jurisdição que deverá buscar a efetividade social nos instrumentos que a Constituição dispõe. O autor observa que os juízes devem respeitar os limites da legislação atuando apenas de forma excepcional a fim de salvaguardar a vontade originária do legislador, contudo jamais

---

<sup>164</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

<sup>165</sup> *Ibidem*. p. 117-126.

<sup>166</sup> BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 129.

poderá deixar de cumprir sua função de concreção da norma aos valores sociais. Desta forma, o poder do juiz constitucional, de resguardar a Constituição, é atribuído de forma limitada. Jamais poderá substituir a atividade do legislador em razão do princípio da separação dos poderes e do déficit democrático do poder judiciário, com exceção dos casos em que não é possível aplicar-se os direitos fundamentais. A intervenção do poder judiciário só é legítima quando houver um espaço de decisão, sendo admitida várias interpretações, sempre suplementares e construtivas.<sup>167</sup>

O modelo do Estado de Direito constitucional possui duas dimensões: (a) legalista, já que o modelo é permeado pela ideologia da legalidade, da separação dos poderes, de respeito à Constituição escrita e garantida por um juiz legal; (b) constitucionalista, eis que a Constituição escrita garante o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, que por se tornar complexo só encontra equilíbrio através de uma abordagem ponderativa.<sup>168</sup>

A peculiaridade do modelo do Estado de Direito constitucional é a introdução de princípios no ordenamento jurídico, o que torna o processo de interpretação divergente da subsunção utilizada nas regras legislativas. Observe-se que os princípios tornam o sistema jurídico, até então composto exclusivamente por regras, dúctil: permeável e flexível. A escolha do intérprete do direito será entre a estrita legalidade ou a justiça substancial. Portanto, a metodologia interpretativa/aplicativa requerida pelo Direito do Estado Constitucional será a ponderação dos valores em jogo, levando-se sempre em consideração a realidade (caso concreto).

---

<sup>167</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141-142.

<sup>168</sup> DUARTE, É.O.R. e POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria de direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 104.

## CAPÍTULO IV – CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO CIVIL

### 12. UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

O processo civil é o direito concretizado pela jurisdição. Nas palavras de Chiovenda, “o processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.”<sup>169</sup> A idéia de processo civil de resultado consiste na idéia de que o valor do sistema processual reside na sua capacidade de propiciar ao sujeito que tiver razão a projeção útil da sentença favorável a este, pela efetiva obtenção da coisa ou da situação postulada, eliminando a insatisfação que o levou a litigar.<sup>170</sup>

O Código de Processo Civil brasileiro tornou-se um diploma distante das necessidades da sociedade moderna, cujos interesses foram praticamente ignorados pelas regras instrumentais.<sup>171</sup> Ainda segundo a doutrina de Chiovenda, formas concebidas para dado momento não se adaptam a outro, ressaltando o processualista que as classes forenses são eminentemente conservadoras no que concerne ao tecnicismo processual.<sup>172</sup> A adequada tutela jurisdicional dos valores e dos direitos fundamentais da pessoa é fator essencial ao próprio Estado de direito.<sup>173</sup> A própria Constituição concebe o direito processual como instrumento público da realização da justiça e não como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material<sup>174</sup>.

Pode-se citar como objetivo das reformas do texto do Código de Processo Civil a aceleração da prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica e menos burocrática, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados. O abandono da preocupação exclusiva com conceitos e formas para dedicar-se a busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o

---

<sup>169</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. CAPITANIO, Paolo (trad.). Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000. p. 56.

<sup>170</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 111.

<sup>171</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influências do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 14.

<sup>172</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 129.

<sup>173</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 32.

<sup>174</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86

grau de efetividade que dela se espera, o que se chama de “processo de resultado”. O processo deve garantir a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos desta proteção<sup>175</sup>. As leis não podem impor obstáculos que frustrem o direito material das partes.

O Prof. Arenhart constata a tensão entre a nova realidade formada diariamente e as fronteiras da atuação estatal, salientando que no âmbito processual essa defasagem entre a realidade e o direito estatal é ainda maior. O processo é pensado para a realidade do direito material, eis que a finalidade de sua existência é resolver a impossibilidade da aplicação voluntária do direito material. Assim, denota-se a maior dificuldade e morosidade da atualização do direito processual e da sua adaptação à realidade social, já que depende do prévio registro das alterações do direito material.<sup>176</sup>

A tutela jurisdicional diferenciada exige a exata correspondência entre o tipo de tutela e as diferentes situações da vida, sujeitas a freqüentes alterações. O processo deve acompanhar essa evolução para corresponder efetivamente às necessidades sociais. Daí porque para cada situação de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, diferenciada pelo procedimento.<sup>177</sup>

Bedaque fala inclusive no princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa. Não se admite mais o procedimento rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto.<sup>178</sup>

As cláusulas gerais demarcam a concreção judicial e transformam o intérprete em co-participante do procedimento criador da norma aberta. Essa maneira de legislar é dotada de conceitos abertos ou indeterminados maleáveis a serem complementados pelo intérprete segundo as peculiaridades do caso concreto.<sup>179</sup> No que tange à legislação processual, o legislador pode fornecer ao magistrado, mediante o uso das cláusulas gerais, uma permissão legislativa que

---

<sup>175</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 15.

<sup>176</sup> ARENHART, Sérgio da Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003. p. 21-22.

<sup>177</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influências do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.

<sup>178</sup> *Ibidem*. p. 60.

<sup>179</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142.

garante a fixação dos meios necessários para a efetividade do direito material, em outras palavras, para a concreção da norma<sup>180</sup>.

Nas hipóteses de cláusulas abertas, em que não há uma definição específica do seu conteúdo, mas apenas uma referência genérica à individualização da tutela, a lei acaba por permitir um juízo eminentemente valorativo, e o juiz atua com maior liberdade. Porém, o julgador, “ao aplicar uma medida que entende adequada, acaba por atingir outros bens, igualmente protegidos, obrigando-se a utilizar o critério da proporcionalidade (...)”<sup>181</sup>

A cláusula geral processual é instrumento através do qual o legislador permite ao julgador inserir valores constitucionais, direitos fundamentais e principalmente as situações específicas do caso concreto quando da concretização do direito material através do processo. Assim, a leitura dos procedimentos processuais torna-se mais dinâmica e em maior consonância com as modificações da realidade social. As cláusulas gerais possibilitam ao juiz fazer a valoração do procedimento processual à luz dos direitos fundamentais e do caso concreto, tornando-o adequado à resolução do litígio. Sem olvidar que o juiz deve conferir uma prestação jurisdicional que realiza na maior medida possível o direito material.

O processo civil deve garantir a efetividade da tutela jurisdicional de forma adequada às violações ou ameaças do direito material, o qual está em constante alteração na contemporaneidade, de forma que o procedimento processual não pode permanecer rígido, com tipificação inerte para todas as situações complexas de direito material, eis que é evidente a impossibilidade de legislar todas as técnicas processuais adequadas para a proteção jurisdicional efetiva de cada situação de direito material. A tipificação legal não é a melhor forma de garantir a prestação jurisdicional efetiva. As reformas do processo civil, especialmente no caso da tutela antecipada e da possibilidade do juiz determinar os meios executivos necessários a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente demonstram de forma evidente a utilização de conceitos indeterminados que deverão ser preenchidos valorativamente pelo magistrado conforme o caso concreto e em observância aos direitos fundamentais.

A ordem constitucional efetiva clama pela aplicação dos direitos fundamentais também no âmbito processual, por meio do direito fundamental à

---

<sup>180</sup> Ibidem. p. 143-144.

<sup>181</sup> Ibidem. p.218.

tutela jurisdicional efetiva, preventiva e específica às circunstâncias do caso concreto, com a devida atenção aos casos de violação de outros direitos fundamentais, no âmbito do direito material.

### **13. EXEMPLOS DE CLÁUSULAS GERAIS PRESENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

O princípio da tipicidade dos meios de execução não é mais justificável nos dias de hoje, pois o problema da sociedade contemporânea não é apenas garantir a liberdade do indivíduo contra a opressão do Estado, mas viabilizar a tutela efetiva dos direitos. A execução deve ter seus graus de efetividade e interferência medidos de acordo com o caso concreto, devendo ser de maneira menos gravosa ao réu. A necessidade de maior elasticidade à atividade executiva auxiliou ainda mais o abandono do dogma napoleônico de que as leis poderiam prever todas as situações concretas, fixando os meios executivos para todas as possibilidades em abstrato, de forma exaustiva.<sup>182</sup>

A necessidade de explicação por parte do juiz acerca dos seus motivos de decisão de maneira bastante precisa advém, segundo Marinoni, do fato de que hoje não mais vigora o princípio da tipicidade dos meios executivos, que impedia o juiz de escolher o provimento e o meio executivo adequado às diferentes situações concretas.<sup>183</sup>

A justificativa é que permitirá o controle crítico sobre o poder do juiz. A proteção, mesmo no plano normativo, não pode ficar restrita a normas de direito material, pois o processo civil também se constitui em mecanismo de proteção dos direitos fundamentais.<sup>184</sup>

Os direitos fundamentais tem natureza de princípio, se constituindo em mandatos de otimização, dependentes das possibilidades do caso concreto. Assim, o princípio à tutela jurisdicional efetiva também se constitui mandato de otimização.

O réu tem direito à defesa, que poderá ser ou não limitado, conforme as regras processuais abertas, e, ainda, é passível de ter a seu favor direito fundamental que justifique, por exemplo, a dilação probatória ou de prazo, ou a

---

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 164-165.

<sup>183</sup> Ibidem. p. 165.

<sup>184</sup> Ibidem. p. 171.

declaração de indefesa pelo juiz, caso se verifique a inaptidão técnica do advogado nomeado para o caso (ad hoc).<sup>185</sup>

Já a execução da medida judicial deverá ainda atender os ditames constitucionais superiores e atentar para a tendência de quebra do princípio da tipicidade executiva ditada pela cláusula geral processual esculpida no artigo 461 do Código de Processo Civil e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>186</sup>

A previsão exaustiva e restritiva de procedimentos especiais e específicos não está apta a garantir a tutela antecipada, ainda mais se houver a exclusão abstrata de sua incidência em certas hipóteses previamente previstas, como no caso da lei que veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, que esgote o objeto de litígio<sup>187</sup>. O art. 273 do Código de Processo Civil conferiu um caráter mais genérico ao instituto da tutela antecipada. Ao privilegiar a efetividade e adequação da tutela jurisdicional às especificidades do direito material, o ônus do processo é distribuído de forma mais isonômica entre autor e réu.

Marinoni afirma que o direito à tutela de urgência não pode ser suprimido por norma infraconstitucional, pois a aferição do *periculum in mora* deve ser realizada pelo Poder Judiciário, sob pena de desrespeito ao direito à tutela jurisdicional adequada<sup>188</sup>. De um lado, o juiz tem o dever constitucional de prestar a tutela jurisdicional efetiva e a antecipação da tutela é medida necessária para concretizar o direito das partes à efetividade da tutela jurisdicional.

O art. 273 do CPC se constitui uma cláusula geral<sup>189</sup>, eis que comporta expressões dotadas de vagueza, tais como “perigo de dano irreparável ou de difícil

<sup>185</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

<sup>186</sup> *Ibidem*. p.205.

<sup>187</sup> Ver nota de rodapé n.º 28.

<sup>188</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

<sup>189</sup> “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

reparação”, “abuso de direito de defesa” e “parcela incontroversa do pedido”. Tais conceitos, por serem cláusulas gerais, devem ser preenchidos conforme os fatos do caso concreto, sempre levando em consideração o direito material discutido na lide e os valores constitucionais, não sendo possível o seu afastamento abstrato por meio de normas infraconstitucionais processuais.

Outro exemplo de norma processual que consagra uma cláusula geral é o art. 461 do CPC, que em seu *caput* e no § 5º dispõe que o juiz determinará a tutela específica das obrigações de fazer ou não, ou providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, determinado as medidas necessárias para tanto<sup>190</sup>.

Observe-se que a expressão “tais como”, presente no § 5º do referido artigo evidencia claramente que se trata de um rol exemplificativo e não exaustivo, de forma que autoriza o juiz a determinar outras medidas necessárias para efetivar a tutela específica ou as providências que assegurem o resultado prático a ela equivalente. Ainda, que o § 5º do art. 461 também se aplica nos casos de obrigações de entrega de coisa, por força do § 3º do art. 461-A.<sup>191</sup> Marinoni afirma

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

<sup>190</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 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.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 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.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

<sup>191</sup> “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.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 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.”

também categoricamente que a ausência de previsão de uma modalidade executiva para a concessão de tutela executiva adequada ao caso concreto não deve ser impedir a concessão desta. Como exemplo, o autor cita a possibilidade da utilização da multa como meio necessário para efetivar a tutela antecipatória de soma em dinheiro, quando houver necessidade, eis que a multa atua sobre a vontade do demandado, coagindo-o a cumprir a decisão judicial, desde que devidamente justificada a necessidade de tal atitude por parte do juiz, ante a inexistência de tutela executiva eficiente ao caso concreto específico.<sup>192</sup>

Superou-se o princípio da tipicidade dos meios executivos, que visava o controle das ações do juiz e a garantia dos cidadãos de que só haveria invasão de sua esfera jurídica pelos meios executivos previstos em lei. Contudo, essa garantia obstaculiza a efetividade da tutela jurisdicional, que exige a adequação dos meios executivos ao direito material buscado no caso concreto, ainda que para tanto seja necessária a utilização de meio executivo não previsto em lei, concentrando o poder de execução nas mãos do juiz. Extrai-se do dispositivo do art. 461 do CPC modalidades inovadoras de tutelas, como, por exemplo, a tutela inibitória, eminentemente preventiva. O juiz não pode denegar a tutela jurisdicional efetiva ao se abster de determinar os meios executivos adequados, limitando-se aos meios executivos tipificados em lei. Ademais, nem mesmo pode ele se ater as previsões legislativas, pois é sobre ele que incide o dever de prestação jurisdicional. O juiz, diante do caso concreto, deve ponderar o direito à tutela jurisdicional efetiva a da menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

Sendo assim, o conteúdo aberto das cláusulas gerais processuais deve ser preenchido valorativamente pelo juiz, que deve se remeter aos direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto, tendo em vista o seu dever de prestação de tutela jurisdicional.

Ruy Alves Henriques Filho, ao citar Marinoni, exemplifica que no caso das cláusulas gerais executivas a lei não especifica qual meio de execução deve ser utilizado, pois ao juiz deverá fixar o meio executivo mais oportuno e adequado ao caso concreto, dando efetividade ao direito material.

---

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2º ed. São Paulo: RT, 2008. p. 234-235.

## CONCLUSÃO

As cláusulas gerais são normas que contém um enunciado ou termo dotado de vagueza, cuja interpretação depende de uma atividade de preenchimento valorativo do julgador, sendo necessária a utilização da ponderação para aplicar os direitos fundamentais e garantir na prática a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais.

As cláusulas gerais processuais consistem na inserção de conceitos jurídicos indeterminados nos dispositivos legais do Código de Processo Civil, sendo uma tentativa de ampliar a justiça no caso concreto, o que aumenta a margem de subjetividade do julgador, de início, eis que posteriormente a jurisprudência servirá de importante referência aos julgamentos através da aplicação de cláusulas gerais, ao estabelecer os seus núcleos de significados.

O magistrado e demais aplicadores do direito devem interpretar qualquer disposição legislativa à luz dos princípios constitucionais, eis que em tempos de neoconstitucionalismo a concretização dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou prestacionais, é medida que se impõe a todos os poderes estatais. A atuação jurisdicional não pode deixar de prestar o seu dever de concessão da tutela jurisdicional efetiva, que é um direito fundamental do cidadão.

Muitas vezes a legislação não consegue prever tutelas que se mostram imprescindíveis para determinado caso, pois o conteúdo do direito material está em constante mutação em uma sociedade pluralista e globalizada. A técnica processual deve garantir a tutela jurisdicional efetiva e adequada ao caso concreto, e isto só é possível se o juiz tiver condições de criar a norma jurídica processual levando em consideração as peculiaridades fáticas, justamente pela superação da idéia positivista de que o sistema jurídico é fechado e completo, afastando a idéia de uma teoria pura do direito.

Porém, para este mister é essencial não somente a consideração dos valores éticos e sociais, mas principalmente dos direitos fundamentais, de forma a garantir maior objetividade na atividade jurisdicional. Como bem afirmado por Ruy Alves Henriques Filho, na utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados exige-se ainda mais do julgador, que deve fundamentar de forma exaustiva a ponderação utilizada na decisão, a fim de se garantir a concretização do direito. Nesse sentido, a própria participação das partes litigantes no processo torna-

se mais essencial, pois os argumentos acerca da aplicação de determinada regra ou princípio, bem como sobre o significado da disposição legal serviram de substrato para a atividade judicial, que só será devidamente exercida se levar em conta o princípio do contraditório e a correta ponderação dos princípios constitucionais.

Ressalte-se que não se trata de invasão da atividade legislativa pelo Judiciário, eis que aquele legisla de modo abstrato, fixando os parâmetros gerais para a criação da norma jurídica no caso concreto pelos juízes. Ademais, o próprio legislador é que insere expressamente as cláusulas gerais na legislação, prevendo os casos em que será necessária a avaliação das circunstâncias concretas para a fixação de uma norma, em especial quando houver conflitos entre direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARENHART, Sérgio da Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. Malheiros Editores: São Paulo: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In: GRAU, Eros e CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 23-59.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influências do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: compreensão crítica*. Juruá Editora: Curitiba, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistêmico e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRA, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais* in GRAU, Eros e CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 230-243.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. *Luiz Fux assume presidência da comissão para elaboração de um novo CPC*. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94194](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94194)>. Acesso em: 14.10.2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria de direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. Editora Malheiros: São Paulo, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Fernando Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *As cláusulas gerais e seus reflexos processuais*. Disponível em: <[http://www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/ruy\\_clausulas.doc](http://www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/ruy_clausulas.doc)>. Acesso em: 01 out. 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 35, 2001. pp. 236-235.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Tecnos: Madrid, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, vol. 3: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, p. 11, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis: texto integral*. Trad. Jean Melville. São Paulo: M.Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed. Editora Atlas: São Paulo, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>. Acesso em: 08/10/2009.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de Direito Civil – Tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2006. Disponível em: [http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=710](http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=710). Acesso em: 17/10/2009.

VIEIRA, José Roberto. *A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto*. Curitiba: Juruá, 1993. p. 59.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p. 112.