

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA  
UNIVERSIDADE FUMEC  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**Vitor Germano Piscitelli Alvarenga Lanna**

**A REPERCUSSÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO  
CIVIL**

Belo Horizonte  
2013

**Vitor Germano Piscitelli Alvarenga Lanna**

**A REPERCUSSÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS NO PROCESSO  
CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor André Cordeiro Leal

Belo Horizonte

2013

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

L292r Lanna, Vitor Germano Piscitelli Alvarenga,  
A repercussão das cláusulas gerais no processo civil /  
Vitor Germano Piscitelli Alvarenga Lanna. - Belo Horizonte,  
2013.  
98 f.

Orientador: André Cordeiro Leal  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade  
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,  
Belo Horizonte, 2013.

1. Processo civil. 2. Atualidades. 3. Legitimidade  
(Direito). I. Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade  
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.91/95

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE**  
**MESTRADO**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

*Prof. Dr. André Cordeiro Leal* \_\_\_\_\_

*Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiúza* \_\_\_\_\_

*Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira* \_\_\_\_\_

**MESTRANDO: Vitor Germano Piscitelli Alvarenga Lanna**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

**“A REPERCUSSÃO DAS CLÁUSULAS  
GERAIS NO PROCESSO CIVIL.”**

**NOTA:** (100,0) *em pontos* \_\_\_\_\_

**ASSINATURA ORIENTADOR:** \_\_\_\_\_

**DATA DA DEFESA:** 14/05/2013 \_\_\_\_\_

*A Deus,  
a luz que ilumina o meu caminho.  
À minha mãe, Maria de Cássia,  
pelo apoio no transcurso deste árduo caminho.  
Ao meu pai, Francisco,  
pela incentivo constante, mesmo que a distância.  
À minha esposa, Lílian,  
pelo amor abnegado que suavizou o peso das minhas cobranças.  
Ao meu irmão, Frederico,  
pelo companheirismo e parceria.  
Aos meus grandes amigos,  
pela compreensão e paciência nos momentos mais críticos.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma forma singela, porém sincera, de retribuir àqueles que participaram, cada um a seu modo, de mais esta vitória na minha vida profissional e acadêmica.

Peço a licença para começar agradecendo a minha avó Edmen, que há muito já partiu, mas que me deu a honra de ter no sangue a vocação do magistério. Nunca a vi lecionar, mas sei que seu exemplo em sala de aula, por aquilo que me contam, é o que adotarei como fio-condutor da minha carreira que efetivamente se inicia neste momento.

Não me canso de agradecer a minha mãe, que, apesar da dureza nas falas e nas opiniões, nunca deixou de transparecer pelo olhar a crença no meu sucesso. Cada vitória que conquisto tem um pouco de sua essência e seu exemplo.

Meu pai, que acompanhou de longe esta trilha difícil que resolvi seguir, também merece o meu agradecimento, pois com ele aprendi a importância de se dedicar ao trabalho para que seja possível comemorar conquistas.

Minha esposa, Lilian, agradecê-la será sempre muito pouco perto de tudo que fez e ainda faz por mim. Seu amor e carinho trouxeram a tranquilidade necessária para que eu conseguisse seguir o caminho deste Mestrado, sempre frutificando e fortalecendo o meu sonho de chegar à condição de Mestre. Amo-te eternamente!

Fred, irmão e parceiro, que a vida levou para outra cidade, mas que sempre esteve perto dando força para que pudesse concluir esta pesquisa.

Existem pessoas que fazem parte da nossa vida e jamais poderiam ser olvidadas. Dadá, muito obrigado por tudo nestes 30 (trinta) anos de atenção e carinho maternos.

Muito obrigado ao professor e orientador, Doutor André Cordeiro Leal, por ter me dado a honra de ser seu aluno e também pelo fato de permitir enxergar o Direito com os olhos críticos, voltados para a construção de um verdadeiro processo democrático.

Não poderia jamais esquecer de agradecer ao amigo Epaminondas Fulgêncio Neto, primeiro a abrir as portas do Direito para mim. Durante dois anos, tive a honra de trabalhar com um exemplo de profissional, que sempre será o meu referencial de conduta e postura.

Também especial é o agradecimento ao Dr. Marcos Tito, que depositou muita confiança no meu trabalho e me permitiu a oportunidade única de compreender as vicissitudes e louros da advocacia, sempre sorrindo ao contar de sua trajetória, sem saber o quanto aproveitei de cada uma de suas histórias como orientadoras para minha carreira na prática forense.

Agradeço também aos colegas da Universidade FUMEC e do Núcleo de Prática Jurídica Silvana Lobo, Geórgia Boson, Eduardo Queiroz, Tiago Fantini, Sofia Rabelo, Vinicius Paranhos, César Rabelo, Guilherme Abreu, Lívia Laurelli, Tania Laurelli, Janice Porto, Marcelo Queiroz e Victória Ramos, que sempre me empurraram ao encontro desta conquista.

Contudo, tomo a liberdade de agradecer especialmente ao professor Eduardo Queiroz de Mello, que, desde a minha chegada ao Escritório-Modelo, se revelou mais que um colega de trabalho, mas sim um amigo que espero manter para a vida toda. Nunca me esquecerei da força que fez para me trazer de volta à Universidade FUMEC assim que me formei.

Aos meus sócios no Gandra, Abreu & Lanna Advogados Associados, Gianfrancisco Gandra, Guilherme Abreu e Lucas Trindade pela companhia que extrapola os limites profissionais e pela compreensão em razão das inúmeras ausências que este trabalho ocasionou.

Também agradeço a Zaphia Boroni, Rudjeri Mont-Mor e Josiane Souza pela dedicação ao trabalho e carinho pelo nosso querido GAL, também pelo apoio e força durante este penoso, porém gratificante caminho.

Às minhas monitoras e alunos, que com as perguntas e dúvidas me fizeram querer agregar ainda mais conhecimento para ter condições de melhor ajudá-los.

Por fim, agradeço a Deus, que derramou suas bênçãos sobre minha vida, trazendo a luz necessária nos momentos de escuridão e de falta de inspiração. Não tenho dúvida de que este trabalho só conseguiu se tornar realidade por esta força que transcende a racionalidade e que me permitiu ter a paz necessária para

desenvolver o meu trabalho possível. A Ele, autor de todas minhas conquistas presentes e futuras.

Enfim, a todos que contribuíram para a realização deste trabalho, ainda que não citados, fica aqui minha eterna gratidão.



*“O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da Constituição, seja através da vontade popular atual que o precede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito [...]”*

**Ingerborg Maus**

## RESUMO

A técnica normativo-legislativa das cláusulas gerais surge com a suposta preocupação de conferir maior efetividade ao direito material, abrindo o ordenamento jurídico a valores extrassistêmicos, conferindo ao julgador o poder de adequar o procedimento à realidade dos fatos. Com efeito, as cláusulas gerais reforçam o entendimento do processo como relação jurídica, aproximando-o dos ideais instrumentalistas, na medida em que estabelece sujeição das partes com relação ao julgador, bem como impede a participação destas na construção do provimento. A partir do marco teórico da teoria neoinstitucionalista do processo, o presente trabalho sugere que a legitimidade decisória no paradigma democrático fica prejudicada pelas cláusulas gerais, pois inviabiliza a ocorrência do discurso participativo, exigido pela observância do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cláusulas gerais. Processo civil. Legitimidade. Teoria neoinstitucionalista. Constitucionalidade democrática.

## ABSTRACT

The 'open-closure' technique, used so the material rights can be given better effectiveness, let the otherwise hermetic system of law open to valor and ideas found outside the normative structure; leaving to the judge the discretionary power to alter the procedure to a more suitable one. Thus the 'open-closure' technique guarantee the Due Process of Law – concerning process it self –, leading up to a more instrumentalist use of the process, investing the judge with powers over and not none to the plaintiff and the defendant. The last then have less of a role in the decision process. By the use of the neoinstitucionalista theory of the process (in the Rule of Law perspective) the analyses indicates that the legitimacy of the decision process is somehow impaired by the 'open-closure' technique, since such technique does not allow exchange of ideas required to the Due Process of Law.

**KEYWORDS:** Open-closure. Process. Legitimacy. Neoinstitucionalista Theory. Constitutional Democracy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 ORIGENS HISTÓRICO-DOCTRINÁRIAS DAS CLÁUSULAS GERAIS .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 O Estado Liberal e a perspectiva formal da compreensão jurídica .....</b>	<b>20</b>
<i>2.1.1 O positivismo jurídico e o paradoxo da completude.....</i>	<i>28</i>
<b>2.2 O Estado Social e a invasão extrajurídica no campo da         normatividade jurídica.....</b>	<b>31</b>
<b>2.3 Dignidade da pessoa humana como origem da abertura normativa         ao extrajurídico – Fundamento das cláusulas gerais.....</b>	<b>35</b>
<b>2.4 As cláusulas gerais como rompimento da moldura de Kelsen: a         abertura do ordenamento aos valores extrajurídicos .....</b>	<b>37</b>
<b>3 A TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA COMO PANO DE     FUNDO PARA O ESTABELECIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA A     REALIZAÇÃO DOS IDEAIS PRESENTES NAS CLÁUSULAS GERAIS .....</b>	<b>42</b>
<b>3.1 A teoria de Bülow e suas incoerências teóricas em relação à         compreensão democrática do processo .....</b>	<b>43</b>
<b>3.2 A finalidade do Direito de Jhering como influência no pensamento de         Bülow .....</b>	<b>46</b>
<b>3.3 A relação jurídica processual como vínculo de subordinação         (sujeição).....</b>	<b>48</b>
<b>3.4 A jurisdição como atividade do juiz .....</b>	<b>51</b>
<b>3.5 A instrumentalidade do processo na busca pela efetividade do         chamado direito material .....</b>	<b>54</b>
<i>3.5.1 A postura ativa do juiz e a efetividade processual.....</i>	<i>57</i>
<b>4 A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA: A TEORIA     NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO .....</b>	<b>60</b>
<b>4.1 A teoria neoinstitucionalista do processo e a objetividade         popperiana .....</b>	<b>63</b>
<b>4.2 Normas e valores: a incompatibilidade revelada .....</b>	<b>68</b>
<b>4.3 A legitimidade da decisão judicial no campo da teoria discursiva da         democracia a partir da teoria neoinstitucionalista do processo .....</b>	<b>74</b>

<b>5 AS CLÁUSULAS GERAIS E A DEMOCRACIA PROCESSUALIZADA .....</b>	<b>82</b>
<b>5.1 Influências das cláusulas gerais no Direito Processual.....</b>	<b>84</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>94</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Não raras são as vezes em que se acompanha nos noticiários dos grandes meio de comunicação de massa a afirmada preocupação da população com a questão atinente à credibilidade da “função jurisdicional do Estado”, em que se elege a morosidade e vagareza como um dos mais relevantes e atuais problemas brasileiros nesta esfera, uma vez que o longo tramitar procedimental teria a aptidão de afastar o indivíduo da satisfação do direito pleiteado.

Tal desconforto não se limitou às notícias divulgadas pelos aludidos canais de comunicação de massa e às aflições dos cidadãos envolvidos em longas “batalhas” judiciais, posto que a doutrina jurídica processual brasileira, vulgarmente denominada de moderna, estabelece um discurso falacioso de que estaria supostamente preocupada com a adequação constitucional do processo, dizendo-se debruçada na busca por uma solução que possa dinamizar o procedimento<sup>1</sup> até o seu deslinde final, mas com o desafio de compatibilizar este ideal com as garantias constitucionais do devido processo legal, conforme previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011); todavia, ela parte, conforme se notará, de uma interpretação equivocada dos princípios constitucionais.

Assim, a denominada concepção tradicional de processo passou a ser considerada obsoleta por não mais se encontrar adequada à suposta realidade social contemporânea, eis que incentivaria a profunda cisão entre as normas de direito substancial e as de direito formal, estabelecendo-se um nítido entorpecimento processual, desconectando o instrumento<sup>2</sup> de seu real escopo.

Diante desse panorama, parte da doutrina processual mencionada radicaliza a compreensão do processo como mero instrumento que visa municiar o Estado-juiz para que este, exercendo um poder que lhe é supostamente

---

<sup>1</sup> Adota-se neste estudo o conceito desenvolvido por Fazzalari de que o “procedimento se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um ‘ato final’” (2006, p. 96).

<sup>2</sup> O termo instrumento é utilizado com referência à ideia lançada na obra “A instrumentalidade do processo”, de autoria do professor Cândido Rangel Dinamarco.

inerente para habilitá-lo a dar soluções para as querelas oriundas das regras de direito material e não como um fim em si mesmo, já que muitos estariam atribuindo exagerada relevância a questões puramente técnicas que não se encontram sintonizadas com o princípio constitucional da efetividade processual.<sup>3</sup>

É possível afirmar que a autonomia do direito processual passou a ser questionada em sua essência, na medida em que a sua orientação deveria, segundo essa linha de pensamento, apenas fazer atuar o direito material que se debate entre as partes envolvidas na relação jurídica substancial, embora já Chiovenda houvesse apontado o processo como viabilizador da atuação do direito material por uma atividade substitutiva do Estado-juiz .

O discurso adotado pelos instrumentalistas posiciona o Estado na busca da realização do bem-estar público e da justiça social, que se sustentam nas bases éticas da construção do discurso político, culminando, destarte, com o deslocamento da legitimidade do direito para estes fundamentos éticos voltados para o bem comum, adequando o processo a uma leitura voltada mais, como se demonstrará, para o paradigma do Estado de Bem-estar Social radicalizado.

Com isso, tornou-se inevitável uma aproximação entre a jurisdição e a ética, em que se deposita na figura do magistrado a confiança de que do seu entendimento será extraída a melhor e mais justa solução do caso concreto levado até ele. Assim, sob o argumento de necessário afastamento de uma perspectiva jurídico-positivista liberal, adotou-se um alicerce não menos perigoso: o do decisionismo judicial.

Assim, sustenta-se o argumento de que a técnica jurídica está à disposição dos objetivos sociais e políticos da nação, na medida em que, apoiando-se na concepção carneluttiana de que o processo busca a justa composição da lide, os conflitos de interesses devem ser lidos e compreendidos como um fenômeno sociológico e não jurídico.

Esta postura permite à jurisdição uma abertura maior aos elementos que circundam, mas que não estão incluídos no direito, a comunidade jurídica, permitindo a presença de aspectos relacionados à moral e à ética em seu delinear

---

<sup>3</sup> Humberto Theodoro Júnior entende que este princípio encontra-se pautado pela busca de resultados úteis a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional (2009, p. 4). No mesmo sentido se orienta José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que efetividade é “aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados” (2006, p. 32).

contemporâneo. É possível enxergar um escopo metajurídico nesta perspectiva, que se localiza na paz social.

Aqueles que se pautam pelo instrumentalismo processual e, por consequência, se preocupam com a chamada efetividade do instrumento orientam-se segundo a compreensão de que o extrajurídico exerce influência sobre o procedimento técnico e, por isso, não se pode negar a sua natureza ética, reforçando a ideia do processo como mero instrumento de atuação do direito material na tentativa da adoção de medidas reais para que se atinja sua efetividade, o que deverá, com esteio no raciocínio despendido, contar com a faculdade de o juiz buscar a melhor adequação deste ao cumprimento dos seus fins.

Passa a se considerar necessária a adoção, por parte dos magistrados, de uma postura mais ativa para que se permita uma maior flexibilidade na adaptação das normas processuais à necessidade de resolução do embate de direito material que se leva à sua decisão.

Essa, no entanto, não é uma perspectiva desenvolvida apenas pela dogmática processual e pela prática jurisdicional, já que o próprio ordenamento “de direito material” acaba possibilitando maior amplitude à discricionariedade judicante ao acolher as chamadas cláusulas gerais, que se referem às espécies normativas que não visam descrever ou determinar de maneira específica as condutas em si, mas se preocupam em trazer objetivos, princípios e finalidades para que se permita atribuir efeito útil ao ordenamento.

É neste ponto, qual seja, o de atribuição de utilidades amplas e contingentes ao ordenamento, que os processualistas instrumentalistas identificam a aludida técnica como forma de garantir maior efetividade ao processo, aproximando este de seu real escopo, que seria o de possibilitar que o Estado intervenha nas relações privadas para debelar a crise de direito material vivida pelas partes, identificando-se o fundamento da efetividade numa leitura axiológica do Direito.

A partir desta constatação, por consectário, é possível afirmar que o texto legal, ao contrário de pretender encerrar sentidos possíveis, acaba criando uma fissura no ordenamento, permitindo um maior espaço para que o magistrado



decida a lide posta em juízo, em razão da maior possibilidade de ingresso de valores externos ao Direito no ordenamento.

A maximização da liberdade jurisdicional radicaliza-se pela utilização da técnica de elaboração das cláusulas gerais, que permitem a intromissão de elementos valorativos na ordem jurídica, em que o juiz tem sua mobilidade ampliada para proceder à adequação procedimental e normativa-material à situação fática apresentada.

Neste ponto, deve-se ficar atento à maneira pela qual é realizada no campo prático a adoção da técnica normativa das cláusulas gerais, sob pena de se transferir a arbitrariedade, que no Liberalismo se encontrava no legislador, para o juiz. Evidentemente, o escopo do processo deve necessariamente buscar o afastamento da figura da autoridade, com diminuição dos níveis de arbitrariedade e subjetivismos decisórios, posto que divorciados esses do projeto democrático assimilado pela Constituição da República de 1988.

Por esta razão é que a preocupação desta pesquisa será a de compreender qual é a repercussão da utilização da técnica das cláusulas gerais no campo do Direito Processual, bem como demonstrar sua inadequação ao conceito de processo no marco da teoria neoinstitucionalista do processo, que supõe uma compreensão bastante específica do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, no capítulo 2 é desenvolvida uma pesquisa voltada para a identificação das origens históricas e doutrinárias daquilo que se denominou cláusula geral, buscando apresentar ao leitor como a evolução paradigmática do Direito permitiu estabelecer um ambiente normativo propício para a adoção desta técnica legiferante.

Assim, permitir-se-á identificar com maior precisão o fundo teórico que fundamenta a construção do direito apoiada em fissuras normativas que supostamente atraem os valores extrajurídicos que orbitam em torno do ordenamento.

Com esta compreensão, no capítulo 3, se delineará a teoria do processo como relação jurídica desenvolvida por Bülow, de modo a apresentar a sua compreensão e seus contornos teóricos mais evidentes, além de identificar as incoerências estabelecidas no seu pensamento, confrontando essa teoria, mesmo que de modo incipiente, com uma perspectiva do modelo democrático.

A partir da elucidação do aporte teórico estabelecido fornecido pelo autor alemão, será tecida uma crítica aos chamados instrumentalistas do processo, apontando as semelhanças de sua compreensão de processo com aquela desenvolvida por Bülow e, assim, esclarecendo sua incompatibilidade com os contornos do Estado Democrático de Direito.

Nesse capítulo, serão apontadas as raízes da edição do Código de Processo Civil, o que permitirá compreender sob que perspectiva teórica se alicerçou o Direito Processual brasileiro.

Após ultrapassar esta fase do estudo, será apresentada a teoria neoinstitucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, atribuindo especial atenção para sua adequação ao ideal discursivo estabelecido por Habermas em sua definição de democracia.

Neste capítulo 4, será deflagrada uma crítica mais incisiva às ideias instrumentalistas do processo, por meio da demonstração de como o estabelecimento de supervalorização da posição do juiz distorce a assimilação do processo como um direito fundamental previsto constitucionalmente.

A partir dessa construção teórica, será debatida a questão atinente à legitimidade da decisão judicial no ambiente do modelo democrático, evidenciando-se a necessidade de melhor entendimento acerca da participação da parte na construção do provimento jurisdicional, bem como demonstrando que as cláusulas gerais obstam o desenvolvimento deste compartilhamento, ao atribuírem ao julgador uma posição de prevalência na relação jurídica processual.

Por fim, no capítulo 5, será realizada uma confrontação entre a técnica normativa das cláusulas gerais e o ambiente da democracia processualizada, visando identificar as incongruências estabelecidas na adoção destas espécies de normas abertas, utilizando a análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar o descompasso estabelecido neste ambiente.

Neste espaço, a pesquisa terá o escopo de demonstrar que a técnica normativa das cláusulas gerais só se compatibiliza com a perspectiva do Estado Social de Direito, em que se “convoca” o Estado a abandonar sua posição de abstenção e participar ativamente da dinâmica da vida individual, desconstruindo, por completo, a concepção liberal de proteção máxima ao espaço do cidadão.

Desta forma, a pesquisa permitirá compreender que a técnica normativa das cláusulas gerais tem exatamente o papel de reforçar essa perspectiva jurídico-constitucional do Estado Social, ancorando sua formatação teórica na ideias de Bülow com relação ao processo, na medida em que posiciona o magistrado no topo de uma suposta relação jurídica processual, considerando-o capaz de buscar no campo da ética, da filosofia, ou seja, em elementos externos, as bases que permitam reconstruir a argumentação jurídica.

Assim, também se procura demonstrar como a chamada busca pela efetividade processual, a partir da utilização da técnica das cláusulas abertas, em que se visualiza uma maior mobilidade do julgador na adequação do procedimento à relação de direito material que envolve as partes; fecha os seus olhos para o princípio constitucional da fundamentação das decisões e, conseqüentemente, viola os princípios que devem balizar o devido processo legal, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia processual.

Explicando a preocupação exposta nesta pesquisa e justificando a sua validade, vale ressaltar, a título de ilustração histórica, que o Judiciário nazista não se orientava, como se acreditava, pela vinculação à lei, mas sim ao valor. Despiciendo, todavia, remontar todas as atrocidades que foram perpetradas pelo domínio nazista na Alemanha, posto que escapa ao objeto proposto para a pesquisa a ser realizada.

Entretanto, o referencial histórico apresentado é bastante elucidativo, claro que nas devidas proporções, para ilustrar e justificar a preocupação exposta no tema-problema do estudo, tendo em vista que a adoção indiscriminada das cláusulas gerais pode, evidentemente, dar “legitimidade” à arbitrariedade judicial ao afastar, com supedâneo em argumentações axiológicas e até mesmo metafísicas, a racionalidade da fundamentação da decisão imunizando-a das críticas.

Restará evidenciado no desenvolvimento do trabalho que a compreensão estabelecida pela doutrina acerca da interpretação das cláusulas gerais processuais imputa ao juiz uma imagem dotada de exorbitante poder, exatamente como desenhado pela teoria da relação jurídica processual de Bülow, em que se permite uma estrutura decisória antidemocrática colocando-o em um lugar acima das partes presentes em juízo.

Metodologicamente, vale registrar que a pesquisa terá com suporte teórico a teoria neoinstitucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Perereira Leal, em que se busca delinear o enunciado de democracia a partir da observação da principiologia constitucional atinente ao processo.

Neste escopo, a teoria se pauta, em linhas gerais, pela compreensão do processo como um direito-garantia, em que se valorizam os direitos fundamentais de viés democrático insculpidos nos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Apresenta a participação discursiva das partes, colocadas em pé de igualdade no espaço lógico-temporal do procedimento, na construção da decisão com sua característica principal segundo os preceitos que emergem do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

O estudo do tema proposto se deu sob uma vertente jurídico-dogmática, utilizando como técnica a observação das informações recolhidas e a análise discursiva de conteúdo, em que se realizou uma interpretação crítico-reflexiva por se tratar de uma pesquisa eminentemente teórica.

A metodologia utilizada foi do tipo jurídico-exploratório, abrindo caminho para a investigação mais profunda e hipóteses mais precisas. Para o desenvolvimento cognitivo, realizou-se um levantamento de bibliografia voltada para área processual e constitucional, com atenção especial para periódicos, doutrina e entendimento jurisprudencial, tendo como finalidade precípua o desenvolvimento interpretativo dos dados obtidos, relacionando-os com a realidade fática atual.

Espera-se demonstrar desta forma que a utilização da interpretação das cláusulas gerais no processo não pode desvirtuá-lo da orientação constitucional do Estado Democrático de Direito, em que se deve permitir a participação efetiva das partes na construção do provimento jurisdicional.

## 2 ORIGENS HISTÓRICO-DOCTRINÁRIAS DAS CLÁUSULAS GERAIS

Claus-Wilhelm Canaris delineou e identificou a existência de uma marcada distinção entre o sistema jurídico fechado e o aberto, concluindo que o primeiro se pauta em uma compreensão direcionada pelo ideal de codificação, ancorada no pensamento positivista, enquanto o segundo firma suas raízes no entendimento judicial formador da jurisprudência (2003, p. 104).

Em sua pesquisa, Canaris aponta para o fato de que na modernidade o ordenamento jurídico<sup>1</sup> necessita ampliar as possibilidades de adequação da norma à realidade social a partir do estabelecimento de um sistema que facilite a alteração do tecido normativo positivo, sem que seja necessário aguardar a lenta alteração por meio do procedimento legislativo. Desta forma, o autor conclui que o Poder Legislativo deve estabelecer espaços na construção normativa que autorizem a ponderação de critérios.

Visando proceder à flexibilização da norma jurídica através de sua abertura a conceitos extrajurídicos, desenvolveu-se a chamada técnica<sup>2</sup> das cláusulas gerais, responsável pela inserção no tecido normativo brasileiro daquilo que Nelson Rosenvald denominada “normas descritivas de valores” (2005, p. 160).

Todavia, antes de abordar o objetivo principal desta pesquisa, que é demonstrar como as cláusulas gerais presentes no direito material repercutem no campo do direito processual, reforçando a teoria bülowiana do processo como relação jurídica, é imprescindível buscar as origens históricas dessa técnica normativo-legislativa para melhor compreender o seu papel no Direito.

Para tanto, inicialmente, o presente estudo analisará a evolução histórica desse pensamento direcionado à abertura do direito aos elementos extrajurídicos; partindo da perspectiva liberal até os dias atuais, passando com especial atenção pelo cenário do Estado Social de Direito, momento em que se identificarão as

---

<sup>1</sup> Sobre o desenvolvimento da teoria do ordenamento jurídico como contribuição do positivismo jurídico à teoria geral do direito, recomenda-se a leitura de BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

<sup>2</sup> Nesta pesquisa adotaremos o conceito de técnica desenvolvido por Rosemiro Pereira Leal, entendida pelo autor como “procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis” (2009, p. 54).

razões sociopolíticas que justificaram a necessidade de se adotar essa técnica normativa na construção do direito.

Insta salientar, sob esta perspectiva, que se torna fundamental lançar um olhar mais profundo acerca dos acontecimentos históricos que orbitam em torno do surgimento das cláusulas gerais, na medida em que a compreensão do cenário político-social da época permitirá observar o fato de que este instituto jurídico emerge na comunidade do direito visando solucionar um problema de compreensão e aplicação do direito na vida prática da *polis*.

Assim, busca-se identificar o surgimento do conceito de cláusulas gerais, atrelando sua evolução teórica à dinâmica histórica no campo político-social.

Após a incursão na investigação história, buscar-se-á apresentar o conceito desta técnica de construção normativa em vários autores, sem, contudo, estabelecer parâmetros críticos, visando tão somente apresentar uma leitura expositiva/descritiva do instituto a ser analisado no transcorrer da pesquisa.

A compreensão contextual das cláusulas gerais permitirá apontar com clareza sua incompatibilidade com o atual paradigma<sup>3</sup> do Estado Democrático de Direito, na medida em que ficará demonstrado pelo raciocínio aqui desenvolvido que esta concepção jurídica está presa no superado ambiente do Estado Social de Direito.

## **2.1 O Estado Liberal e a perspectiva formal da compreensão jurídica**

No paradigma do Estado Liberal, o Direito preocupava-se, precipuamente, em proteger as liberdades individuais em face do poder do Estado, estabelecendo um espaço destinado ao cidadão em que se privilegia a sua liberdade.

Entretanto esta postura de compreensão jurídica se fundamenta em um contexto político-social mais amplo, no qual a burguesia revolucionária ascende ao poder, rompendo com o totalitário e autocrático *ancien regime* monárquico absolutista.

---

<sup>3</sup> Assim como Marcelo Cattoni Oliveira (2001, p. 143), adotamos a conceito de paradigma habermasiano, em que se deve compreender o termo como “um pano de fundo de mundos da vida compartilháveis”.

A burguesia, por sua vez, visando satisfazer seus projetos econômicos, se viu na necessidade de construir limites ao exercício do poder estatal, de modo que se estabelecesse “um distanciamento do Estado que preservasse o isolamento dos contratantes como modo de atingir o capital e a propriedade” (ROSENVALD, 2005, p. 26).

Certo é que o ideal burguês visava ao estabelecimento de regras que não obstaculizassem o comércio e a economia de mercado, na medida em que o arbítrio absolutista da nobreza de outrora inviabilizava o desenvolvimento das atividades relacionadas com a circulação de riquezas.

Entretanto Bobbio (2006, p. 37-41) chama a atenção para o fato de que esse rompimento entre o absolutismo e o liberalismo não encerrou um conflito de perspectivas tão drástico quanto sustenta parte da doutrina, ao afirmar que “a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da *onipotência do legislador*” (p. 38).

Neste ponto, portanto, verifica-se que as duas perspectivas, compreendidas até então como totalmente opositoras, possuem um traço comum, visto que ambas compreendem ser a onipotência do legislador a solução adequada para sanar os problemas que se identificavam no conflito entre este e o magistrado.

Bobbio, ao avançar em sua pesquisa, evidenciou ainda que a teoria de onipotência do legislador possui duas abordagens, uma liberal e outra absolutista, asseverando que, sob a orientação absolutista, a referida teoria tem o condão de apenas extirpar qualquer forma de poder intermediário, imputando pleno e ilimitado poder ao legislador; enquanto o viés liberal compreende que este afastamento de poderes intermediários visa estabelecer garantias ao cidadão contra possíveis arbitrariedades judiciais:

[...] a liberdade do juiz de pôr normas extraíndo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário. (BOBBIO, 2006, p. 38).

Identificada a semelhança entre os regimes absolutista e liberal com relação à tensão existente entre o Legislativo e o Judiciário, Bobbio enveredou em

estudos com o objetivo de solucionar o problema relativo às arbitrariedades que podem ser cometidas pelo próprio Poder Legislativo, na medida em que um excesso cometido por este não irá apenas atingir os integrantes de uma controvérsia levada ao Judiciário, mas atacará a coletividade.

Neste ponto específico é possível notar a presença do rompimento significativo entre absolutistas e liberais, posto que os primeiros não se preocupavam em estabelecer limites ao poder estatal, até mesmo porque a figura do monarca centralizava também o exercício legiferante.

Todavia, para solucionar o problema identificado, os liberais, por sua vez, abraçaram o princípio da separação dos poderes<sup>4</sup> e da representatividade.

Assim sendo, o princípio da separação dos poderes objetiva o combate ao arbítrio judicial e a ratificação da liberdade do cidadão frente ao poder estatal, a partir do estabelecimento da divisão das funções administrativa, legislativa e jurisdicional em diferentes fontes de comando, impossibilitando que só um governante possa centralizar o poder em suas mãos.

Já o princípio da representatividade, em apertada síntese, refere-se à compreensão de que o poder legiferante do Estado não mais se encontra restrito a determinado grupo de pessoas, e sim, é expandido a todos os cidadãos por meio da técnica da representação política (BOBBIO, 2006, p. 39).

Silva (2006, p. 98-99) aponta que:

A produção do direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico. A abstração e o formalismo deitam raízes nas filosofias liberais do século XVII, quando não se descobrem no próprio direito romano do período Imperial suas vertentes mais autênticas.

Nota-se que, sob esta compreensão, o papel do legislador adquire considerável destaque, na medida em que ele representa esta vontade de

---

<sup>4</sup> De início, vale registrar que maneira mais adequada de se referir a este princípio é denominá-lo de princípio da separação de funções estatais, na medida em que a figura do Estado é uma e indivisível. Entretanto, não se pretende abrir uma discussão com relação à adequação ou não terminológica aqui citada, sendo que, ao longo da pesquisa, será utilizada a tradicional expressão "separação de poderes".

Também merece registro o fato de que o trabalho não irá aprofundar no debate com relação ao princípio citado, na medida em que escapa ao seu objetivo central.



validação dos interesses particulares de segmentos de interesses econômicos de cidadãos, servindo como um instrumento para que se garantam os direitos de liberdade individual em face do Estado, desde que tais direitos não impeçam a atuação do Estado para assegurar essa liberdade contratual, estabelecendo um paradoxo insuperável objetivamente.

De acordo com Habermas, esta concepção pauta-se pelo “*status* dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos” (2004, p. 279).

Por essa razão, o Direito passou a ser calçado pela perspectiva do positivismo,<sup>5</sup> de forma que o Estado teria a sua esfera de atuação pautada e limitada pela lei, reforçando a pretensão de contenção estatal em prol da liberdade do indivíduo e, conseqüentemente, da segurança jurídica.

Bobbio (2006, p. 40) assevera que “a subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento” está respeitando o direito.

Sob este prisma, é possível concluir que essa segurança jurídica tem o condão de estabelecer um ambiente de confiabilidade e previsibilidade das decisões judiciais em que se permite aos cidadãos um planejamento de suas ações no seio social-econômico, eis que os efeitos e conseqüências de seus atos já se encontram devidamente previstos na lei.

Válido mencionar que a necessidade de busca pela segurança jurídica a partir da teoria da onipotência do legislador se fundamentava no receio estabelecido à época no que toca ao arbítrio e parcialidade dos magistrados que por vários séculos eram destinatários dos mais desejados privilégios da nobreza (ROSENVALD, 2005, p. 157).

Com efeito, decorrente desta compreensão do direito, nasce o dogma da completitude<sup>6</sup> do ordenamento jurídico substanciado na ideia de que a lei escrita é a principal fonte de Direito, eis que elaborada por autoridade com competência específica para realização de tal ato criador (LEAL, A., 2008, p. 35).

---

<sup>5</sup> Norberto Bobbio aduz que, para o positivismo jurídico, “na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto” (2006, p. 136).

<sup>6</sup> O termo se refere à qualidade do que é completo.

Surge, portanto, a necessidade de codificação normativa como busca de redução do direito a um corpo textual, “mediante um sistema jurídico hermético que pretendia a plenitude das relações entre os privados” (ROSENVALD, 2005, p. 157), em que não se permite qualquer campo para inserção de aspectos metajurídicos. “Assim, o poder de interpretação dos tribunais em relação às leis deve ser restringido tanto quanto possível” (MAUS, 2010, p. 20).

Bobbio (2006, 53-62) classifica as codificações como a representação do resultado da batalha iluminista na realização do que este autor chama de “positivação do direito natural” (2006, p. 54). Compreende-se aqui o direito codificado como expressão da autoridade, já que dependente da imposição do Estado para obter efetividade, e da razão. Por isso este autor afirma que:

Os iluministas consideram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas vales através da lei. O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que à ideia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado. (BOBBIO, 2006, p. 55).

Bobbio (2006, p. 65) novamente apresenta o raciocínio acerca do argumento que calçava a necessidade identificada pelos iluministas de codificação do direito:

Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrarias, era apenas uma espécie de “direito fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônica e unitariamente coligadas; por isto, também o direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário.

Esse ideal de codificação, tão caro aos liberais, ganha impulso e se firma na história jurídica a partir da Revolução Francesa, momento em que esta forma de pensar e conceber o direito adquire firme consistência política (BOBBIO, 2006, p. 65).

A força da orientação iluminista da Revolução é tão marcante que Bobbio afirma que somente a partir da legislação napoleônica é que foi possível identificar “um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente organizadas”, tal como as que existem atualmente (2006, p. 64).

Renan Lotufo, realizando um estudo acerca da codificação, influenciado pela compreensão do sistema normativo do período napoleônico, assim expõe a forma liberal e oitocentista de compreensão do Direito:

O Direito francês, com toda a sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será a boca da lei, o escravo da lei. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei. (2003, p. 20).

A partir deste modo de compreender o Direito, nasce na França a chamada *escola da exegese*,<sup>7</sup> “cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código” (BOBBIO, 2006, p. 78).

Importante conhecer um pouco mais da escola exegética para que se possa delimitar na pesquisa, com precisão, a forma pela qual os liberais compreendiam o fenômeno jurídico à época, visto que este esclarecimento terá o condão de deixar claro o ponto de transição entre esta perspectiva e o ideal social de Direito.

Em que pese não se tratar do ponto central do presente trabalho, este cuidado teórico visa ressaltar a distinção paradigmática ocasionada pela superação do ideal liberal e a marcada diferença de abordagem do direito a partir a proposta posterior.

Assim, a escola da exegese apresenta importantes características próprias que têm o intuito de deixar evidente a estruturação teórica do pensamento liberal oitocentista.

Inicialmente, como traço marcante desta escola, visualiza-se a inversão das relações estabelecidas tradicionalmente entre o direito natural e o direito positivo. Em que pese haver o reconhecimento de que o primeiro é diferente do

---

<sup>7</sup> Bobbio (2006, p. 78-83) apresenta cinco causas que ele identifica como responsáveis pelo surgimento da escola da exegese, são elas: a) o próprio fato da codificação; b) a mentalidade dos juristas dominada pelo princípio de autoridade; c) a doutrina da separação dos poderes; d) o princípio da certeza do direito, “segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento”; e) as pressões exercidas pelo regime napoleônico.

segundo, tem-se que o direito natural “é irrelevante para o jurista enquanto não for incorporado à lei” (BOBBIO, 2006, p. 85).

Também emerge dessa característica um problema relativo à aplicabilidade do direito natural em caráter subsidiário nas hipóteses de identificação de lacunas no campo do direito positivo. Trata-se, aqui, de ponto de extrema relevância para o desenvolvimento da pesquisa, na medida em que se verificará que a solução ofertada pelos liberais exegetas é ponto de ataque na consolidação do paradigma do Estado Social de direito.

Jean Etienne Marie Portalis,<sup>8</sup> jurista que compunha a comissão instalada por Napoleão para a elaboração do Código Civil francês, admitia expressamente a aplicação subsidiária do direito natural a partir da interpretação empregada na norma constante do art. 4º do Código de Napoleão,<sup>9</sup> em que se verifica a existência de um comando direcionado ao magistrado, impondo o fato de que ele não se abstinhasse de decidir, estabelecendo de modo positivo a conhecida vedação do que se conhece por *non liquet*.<sup>10</sup>

Relevante registrar que a ideia de que o Código de Napoleão inicia de modo absoluto uma nova tradição jurídica, rompendo totalmente com a cultura precedente, se deu em razão de seus primeiros intérpretes e não pelos seus redatores.

Tanto é verdade que Portalis<sup>11</sup> afirma que o referido dispositivo visa “deixar aberta a possibilidade da *livre criação do direito por parte do juiz*”, em que afirma

---

<sup>8</sup> “O papel mais importante nesta comissão foi desempenhado por Portalis. Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807) era também ele, como Cambacérès, jurista e político, mas, diferentemente deste último, era um liberal moderado. Por suas posições políticas foi aprisionado por Robespierre, mas, durante o Diretório, atingiu uma posição política de destaque. Entretanto, em 1797, foi acusado (parece que injustamente) de ter feito contatos com os emigrados políticos e, para escapar à condenação, ficou por três anos no exílio (1797-1800); de volta à pátria, ascendeu ainda uma vez à ribalta política e foi senador e ministro durante o Consulado e o Império.” (BOBBIO, 2006, p. 71).

<sup>9</sup> “O juiz que se recusar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado com culpável de justiça denegada. (tradução nossa)”. (FRANCE, 1803).

<sup>10</sup> Instituto de origem no Direito Romano, o *non liquet* tratava-se de expressão cunhada às situações fáticas em que magistrado não detinha uma expressa resposta no ordenamento jurídico para decidir a controvérsia, ficando este sem decisão jurisdicional.

<sup>11</sup> Esta conclusão é obtida por Bobbio a partir de citações extraídas do “*Discours préliminaire du Premier Projet de Code Civil présent em l’na IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémameneau et Maleville*” (Discurso preliminar do Primeiro Projeto de Código Civil apresentado no ano IX pelos Srs. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémameneau e Maleville), contidos na obra *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d’Etat et du Tribunat*, Paris, 1855, vol. I, pp. 1-23 (Coletânea completa dos discursos pronunciados por

que ele está autorizado a utilizar no caso concreto o juízo de equidade, estabelecendo um paradoxo relevante com o pensamento positivista (BOBBIO, 2006, p. 73), conforme será evidenciado na sequência deste capítulo.

A equidade, por sua vez, segundo Aristóteles, é uma virtude prática que autoriza a correção do caráter absoluto da lei, transmutando a compreensão da justiça legal positivista para uma leitura ética, integrante do sentimento de justiça inserido na *polis* (OLIVEIRA, 2001, p. 64-65).

Nesta esteira ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Na concretude do caso é que se realiza e se determina a normatividade da lei. Corrigindo a justiça legal, a equidade realiza e determina esse própria justiça legal. Dizer que a equidade é a correção da lei, é dizer como mostra Gadamer, que toda lei se encontra em uma tensão necessária com a concreção do atuar, porque é universal e porque não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concretude. A lei é sempre deficiente, não por ela mesma, mas porque perante a ordenação a que se referem as leis a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples dessas leis. (2001, p. 67).

Já a escola da exegese, em contrapartida, afirma que o magistrado está adstrito ao corpo da lei para resolver qualquer controvérsia levada ao seu conhecimento pelas partes, reforçando a ideia de completude da lei, tornando essa escola ainda mais rigorosa que o próprio legislador, na medida em que estabelece uma restrição relevante na forma de aplicar e interpretar o direito.

Neste ponto específico, Bobbio leciona que:

[...] o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da *completude* do ordenamento jurídico. (2006, p. 74).

Outra importante característica evidenciada na escola da exegese diz respeito à rígida compreensão estatal do direito, na qual são tidas como jurídicas apenas as normas estabelecidas pelo Estado, ou aquelas que de alguma forma passam pelo seu crivo. Mais uma vez, tal fato deságua no dogma da onipotência do legislador, visto que rechaça qualquer espécie de direito positivo diverso daquele estabelecido pela lei em sentido formal.

Concluiu Bobbio que:

Fica portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei [...] (2006, p. 87).

Em decorrência desta característica, identifica-se o culto ao texto da lei, a partir do qual o próprio direito se confunde com a lei escrita, estabelecendo a necessidade rigorosa de atendimento ao aspecto gramatical na hermenêutica jurídica exegética liberal.

A escola da exegese ainda preconiza o respeito absoluto ao princípio da autoridade, em que se busca imputar a um indivíduo qualquer “o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, de modo que sua decisão não possa ser colocada em discussão” (BOBBIO, 2006, p. 89). Logicamente, para a perspectiva teórica positivista liberal, essa autoridade é o legislador.

De bom alvitre destacar, portanto, que os intérpretes do Código de Napoleão foram os responsáveis por buscar o reforço do ideal positivista na compreensão do direito codificado, estabelecendo uma interpretação voltada para a completude do ordenamento jurídico.

Para se alinhar a esta perspectiva, o aspecto formal do direito foi elevado ao máximo grau de importância dentro do tecido normativo, eis que o seu desrespeito fragilizaria o ideal de segurança jurídica, tão caro ao enfoque liberal, na medida em que por esta violação se permitiria a invasão estatal no campo da liberdade individual.

### *2.1.1 O positivismo jurídico e o paradoxo da completude*

Restou evidenciado, a partir da perspectiva liberal apresentada com fundamento nas lições de Bobbio, que a compreensão jurídica positivista encontra seu fundamento no oferecimento aos cidadãos da possibilidade de “validar seus interesses particulares” (HABERMAS, 2004, p. 279) por meio do voto, em que se legitima o legislador como o representante deste ideal, entendendo-se o juiz com a mera função de ser a “boca de lei”, visto que este apenas “praticava uma

atividade lógico-formal de subsunção do fato à norma, restringindo-se à pura exegese” (ROSENVALD, 2005, p 157).

Assim, tem-se a ilusão de uma permissão ao cidadão, compreendido este como membro do Estado, para controlar o direcionamento do poder estatal para atender os seus particulares interesses dentro do seio social.

Fala-se em ilusão porque a visão positivista encerra um paradoxo que acaba por desconstruir sua fundamentação, visto que algumas situações fáticas não se apresentam escudadas no texto normativo e podem desaguar, mesmo que indiretamente, na permissão para que o magistrado legisle no caso concreto, afastando, destarte, não só a segurança jurídica tão almejada, bem como a racionalidade decisória (LEAL, A., 2008, p. 37).

Hans Kelsen explica que tal entendimento “configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão”, em que a atividade do aplicador se pautasse apenas por atividade de conhecimento e nunca de vontade (1999, p. 247-248).

Entretanto, como salientado pelo próprio Kelsen, conceber a interpretação da norma jurídica apenas como um ato de conhecimento “é uma auto-ilusão contraditória” (1999, p. 249), verificando-se a necessidade, nas hipóteses não alcançadas pela lei posta, de ampliação do campo de liberdade interpretativa do órgão aplicador do Direito.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira apresenta de modo claro o ponto em que Kelsen identifica a interpretação da norma jurídica como um ato de vontade:

Para Kelsen, mais que uma atividade de cognição, que somente levaria à descrição das interpretações possíveis, a interpretação que acompanha a aplicação da norma superior e a produção da norma inferior é um ato de vontade. É através de um ato de vontade que o órgão autorizado fixa qual dentre as interpretações possíveis da norma superior é a que terá curso na produção da norma inferior. (2001, p. 44).

Esta ideia conduz, por consectário, à conclusão de que a interpretação do Direito configura-se como ato de vontade, estabelecendo o paradoxo que acaba por enterrar os fundamentos do positivismo jurídico, na medida em que racionalidade decisória substitui-se pelo campo metafísico do elemento volitivo.

Na mesma passagem de sua pesquisa, Oliveira chama atenção para o fato de que o alargamento atribuído ao conceito de interpretação autêntica de

Kelsen,<sup>12</sup> evidenciado na edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito*, tem a capacidade de desconstruir toda a lógica normativa do ordenamento jurídico antes estabelecida pelos positivistas e descritas pelo próprio Kelsen:

Tal posição, de 1960, como resta claro, corre o risco de admitir uma total inversão da pirâmide normativa, ao deixar, em última análise, a questão de o que seja o Direito nas mãos de um Tribunal Superior ou do legislativo infra-constitucional. O que significaria que o Direito só determina a atividade de aplicação e produção normativa na medida em que os órgãos de cúpula assim o quisessem. (2001, p. 54).

Prossegue o referido autor:

Simplesmente, tal teoria da interpretação autêntica, presente em 1960, é incompatível com a teoria do ordenamento jurídico desenvolvida até então por Kelsen, a menos que se admitisse que ele tenha assumido uma posição tão realista no sentido de acabar, em última análise, por considerar o Direito como um sistema escalonado de autorizações em branco que nada garantiria quanto à coerência formal e material das decisões em face de si mesmo, o que seria, mais uma vez, uma ruptura com postulados juspositivistas e uma abertura fatal ao realismo jurídico, em que a questão da validade das decisões estaria reduzida à questão acerca da eficácia do Direito, numa confusão entre “ser” e “dever-ser”. Ou, então, quem sabe, as distinções entre ser e dever-ser e entre a teoria e sociologia não seriam assim tão óbvias, nem mesmo para a Teoria Pura do Direito, como Kelsen quis pressupor? (2001, p. 55).

É possível concluir que a compreensão da interpretação autêntica como ato de vontade na aplicação da norma superior para criar a norma inferior, é o golpe definitivo que rompe as barreiras da moldura kelseniana, deixando ao aplicador um espaço ilimitado para fundamentar sua decisão.

A partir desta incoerência teórica, constatar-se-á, assim, a brecha que permitirá a ampliação do clamor pelas cláusulas gerais, porquanto visa à concretização da previsão legal de acordo com o caso concreto (equidade), estabelecendo como pano de fundo as tradições éticas da sociedade.

A incoerência terminológica das cláusulas gerais já se evidencia desde a origem, já que, em verdade, nada mais incoerente do que se admitir uma moldura

---

<sup>12</sup> Insta salientar que a expressão “interpretação autêntica” não está presente na primeira edição da “Teoria Pura do Direito”, sendo utilizada pela primeira vez na edição francesa da mesma obra publicada em 1953. Para o autor, a interpretação autêntica se refere àquela em que se determinando, através de um ato de vontade juridicamente autorizado, qual dentre as interpretações possíveis é obrigatória, tem condão de criar uma norma válida fundada na que lhe é superior. (OLIVEIRA, 2001, p. 11).



aberta, na medida em que se é moldura, não pode ser aberta, assim como se é cláusula,<sup>13</sup> não pode ser geral.

A partir deste raciocínio é possível afirmar que o ideal de vinculação estrita à lei, muito valioso aos liberais positivistas, acaba por também fragilizar o desejo de segurança jurídica por eles defendida, não solucionando o problema a que se propôs a teoria positivista.

## **2.2 O Estado Social e a invasão extrajurídica no campo da normatividade jurídica**

A postura negativa do Estado, tão cara aos liberais, acabou por instalar um distanciamento abismal entre as classes sociais. A elite burguesa se afastou ainda mais do proletariado, fazendo emergir graves problemas estruturais na sociedade, em razão de uma intensa e desmedida urbanização e industrialização.

O novo cenário apresentado se caracteriza pela massificação das relações privadas em razão do grande contingente social que forma os grandes centros urbanos, imputando à sociedade do início do século XX uma complexidade nunca antes percebida na história.

Por esta razão, teria sido necessária a “elaboração de uma legislação emergencial, capaz de atender às demandas dos ‘desiguais’ que se avolumavam na sociedade” (ROSENVALD, 2005, p. 158), em que se “convoca” o Estado a abandonar sua posição de abstenção e participar ativamente da dinâmica da vida individual, desconstruindo, por completo, a concepção liberal de proteção máxima ao espaço do cidadão.

Sob este paradigma, qual seja, o do Estado Social, percebe-se que a construção democrática se orienta pelas virtudes dos cidadãos direcionadas ao indecifrável bem comum, entendido o Estado, como ensina André Cordeiro Leal, como fruto de uma “providência de seu povo” (2008, p. 21).

---

<sup>13</sup> Etimologicamente, o termo cláusula, de origem no latim, se refere ao diminutivo de *clausus*, que significa fechamento, conclusão, particípio passado de *claudere*, que tem como significado fechar, encerrar (CLÁUSULA, 2013).

Essa concepção busca posicionar o Estado como condutor da busca da realização do bem-estar público e da justiça social, os quais se remetem à autocompreensão ética do povo, culminando, destarte, com o deslocamento da legitimidade (aceitabilidade) do Direito para referenciais externos ao Direito escrito.

Habermas sustenta que a justificativa existencial do Estado, nesta trilha, reside na necessidade da garantia da realização e efetivação de um processo de inclusão da formação opinativa e volitiva, “em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum” (2004, p. 281).

Com apoio nesta contribuição habermasiana, pode-se inferir que o papel do Estado Social se direciona para a promoção de perspectivas éticas compartilhadas por comunidades historicamente situadas. Entretanto é de se ver que, nessa visão, a atividade legislativa não seria rápida o suficiente para absorver as mutações ético-morais dessa comunidade, porque, nesse caso, supõe-se um déficit incontornável de legitimidade da atividade legislativa derivado de sua incapacidade em ofertar ao cidadão um ordenamento jurídico justo, principalmente em razão do fato de que tal atividade estaria adstrita à regulação de matérias jurídicas afetas ao interesse de grupos particulares

A solução eficaz para o problema da lentidão legislativa e para a insensibilidade do legislador quanto à autocompreensão ética (interesses e valores comuns sobre as concepções de vida boa) da comunidade estaria na reconstrução do papel do Judiciário. Nesse quadro, abrir-se-ia o caminho para “um autoentendimento do Judiciário segundo o qual ele deve produzir a síntese social, para além da querela partidária, e a unidade do direito, independentemente das leis conectadas a interesses” (MAUS, 2010, p. 31).

Com isso, torna-se inevitável uma aproximação, como solução imediata, entre a atividade jurisdicional estatal e os critérios éticos de julgamento, depositando-se, para tanto, na figura do magistrado, a confiança de que seu entendimento será suficientemente sensível para chegar à melhor e mais justa solução para o caso concreto levado até ele. Essa é a saída proposta para a crise do direito legal: é necessário afastar-se de uma perspectiva jurídico-positivista

liberal em prol de um certo decisionismo judicial, que poderá resgatar a capacidade do direito de manter a coesão social.

Neste ponto reside a principal crítica de Carl Schmitt ao positivismo jurídico, na medida em que este autor identifica a existência de um espaço entre a norma e sua concreta aplicação a ser preenchido pelo jurista, enquanto na perspectiva positivista esse espaço inexistente.

A postura decisionista de Schmitt marca forte influência na perspectiva social de direito, haja vista que não se pode falar em abertura ética do ordenamento se não se transferir a responsabilidade de aplicação destes elementos para aquele que irá julgar o caso concreto:

O fato de idéia jurídica não poder aplicar-se por si mesma, resulta que ela não dispõe sobre quem deve aplicá-la. Em toda transformação há uma *acuctoritatis interpositio*. Uma determinação distintiva sobre a pessoa individual ou que instância concreta pode exigir para si tal autoridade, não pode ser extraída da mera qualidade jurídica de um princípio. (2006, p. 29).

Deste modo, para Schmitt, o aplicador da norma (jugador), considerado este na sua pessoalidade, tem o poder de suprir a lacuna existente entre a norma e a realidade, podendo, para tanto, desconsiderar a forma para conferir maior efetividade ao direito.

Em sua crítica ao formalismo positivista, Schmitt afirma que o “fetiche” atribuído ao Legislativo tem a aptidão de reduzir a norma a uma letra vazia, reforçando o desencanto causado pelo domínio da racionalidade técnica imposta pelo pensamento liberal:

Se o conceito de lei se apropriar de toda e qualquer relação para com a razão e com a justiça, e se, ao mesmo tempo, for mantido o Estado legiferante com seu conceito específico de legalidade, que concentra na lei a grandeza e a dignidade do Estado, toda determinação de qualquer tipo, toda ordem e medida, todo comando dirigido a qualquer oficial ou soldado e da instrução individual endereçada a um juiz poderão ser realizados, de forma legal e legítima, por meio de uma resolução do Parlamento ou de qualquer uma das outras instâncias envolvidas no procedimento legiferante, por força do “domínio da lei”. O “puramente formal” reduz-se então à palavra vazia e à etiqueta “lei”, revelando sua relação com o Estado de Direito. De forma exclusiva e direta, toda a dignidade e toda a grandeza da lei estão ligadas – e, mais, precisamente, com significado e efeito imediatamente jurídico-positivo – a essa confiança na justiça e não razão do próprio legislador e de todos os participantes do processo de legiferação. Transferem-se todas as garantias e assegurações jurídicas, bem como toda a proteção contra abusos, para a pessoa do legislador onipotente ou para a qualidade do processo legiferante. Para que não seja algo desprovido de razão nem

puramente arbitrário, urge que esse processo seja dominado pela precondição da confiança supramencionada, que será a força propulsora da congruência do Direito e da lei formal. Esse sistema de legalidade não existe, em absoluto, de maneira incondicional. Um equacionamento incondicional do direito com o resultado de um procedimento formal qualquer seria apenas uma submissão incondicional, ou seja, cega, à decisão tomada por instâncias encarregadas de legislar sem nenhuma vinculação com o conteúdo do Direito e da Justiça. Nada mais seria que uma renúncia incondicional a qualquer tipo de resistência. (SCHMITT, 2007, p. 21-22).

Todavia, para Ingeborg Maus, esse pensamento de Schmitt tem o poder de sustentar a ideia de que o Judiciário, na lógica descrita, passa a buscar o fundamento de suas decisões no direito suprapositivo ou ético, que permite um perigoso afastamento das vinculações jurídico-constitucionais (2010, p. 25).

Evidentemente, verifica-se nesse entendimento de Schmitt que sua real intenção não era a de trazer o ideal de justiça para o Direito, mas sim, por outro lado, estabelecer condições jurídicas apropriadas para a dominação totalitária do Estado.

A partir da necessidade da invasão de elementos éticos ou *suprapositivos* no ordenamento jurídico, Miguel Reale preceitua que é necessário “prever critérios éticos-jurídicos que permitam chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa” (1998, 23-30).

Essa postura abre uma fissura no ordenamento de forma a que nele penetrem valores permanentemente atualizados, os quais dariam suporte à existência de uma comunidade histórica.

Talvez seja de perspectivas como essa que advenha a afirmação de que é indispensável a adoção, pelos magistrados, de uma postura mais ativa e que permita maior flexibilidade na adaptação das normas processuais ao embate de direito material que se leva à sua decisão – daí a origem da interpretação das normas de Direito Processual também como meras cláusulas gerais.

Portanto, restou evidenciada na apontada transição do Estado liberal para o social a tensão entre a segurança jurídica positivista e a justiça das decisões jurídicas, a qual se resolveu, no paradigma socializante, pela ampliação praticamente ilimitada da criatividade judicial e da interpretação discricionária deste julgador. Desta forma, Habermas leciona:

A tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. (1997, p. 245-246).

Com efeito, a perspectiva socializante do Estado de Direito conferiu amplitude relevante ao julgador para decidir a querela posta em juízo de modo a figura estatal deste se tornasse dominadora do procedimento, justificando a necessidade de intervenção da figura pública de modo restringir os espaço de liberdade e participação que deveriam ser conferidos aos indivíduos envolvidos na disputa judicial.

### **2.3 Dignidade da pessoa humana como origem da abertura normativa ao extrajurídico – fundamento das cláusulas gerais**

Evidenciou-se que, a partir da perspectiva do Estado Social de Direito, buscou-se compreender o homem como pessoa e não mais como indivíduo, afastando-o do ideal liberalista, em que este era reduzido apenas à sua esfera patrimonial.

Com esta preocupação, os Estados se viram na necessidade de adotar a noção de dignidade da pessoa humana<sup>14</sup> como alicerce fundamental de todo ordenamento jurídico.

Proclamada pelas Nações Unidas em 1948, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” dispõe em seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A partir daí, uma concepção muito

---

<sup>14</sup> Não se preocupará em conceituar o que seja dignidade da pessoa humana, na medida em que a complexidade em sua definição encerrará a necessidade de desenvolver temática específica para tanto, o que escapa ao objetivo central desta pesquisa. Todavia, válido mencionar que Rosenvald (2005, p. 3) entende a dignidade como um “valor moral intrínseco ao homem que jamais poderá ser relativizado pelo Estado ou pela sociedade.

especial de dignidade foi abraçada em vários Estados como o valor jurídico de maior hierarquia desses ordenamentos (ROSENVALD, 2005, p. 6).

O texto constitucional espanhol, em seu art. 10, disciplina que “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos são fundamentos da ordem política e da paz social” (ESPAÑA, 1978). A Itália acolheu o mesmo princípio, ao prever no art. 3º de sua Constituição que: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei [...]” (ITÁLIA, 1947). Por fim, a título de exemplo, a Constituição portuguesa de 1976 normatizou em seu art. 1º que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (PORTUGAL, 1976).

Por esta razão, as normas que previam a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da ordem jurídica estabelecida passaram a ser interpretadas como um núcleo de um direito geral da personalidade, ou melhor, como uma cláusula geral de tutela à personalidade humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana atingiu o ordenamento jurídico positivo com a função precípua de “condicionar e conformar todo o tecido normativo [...], definindo nova ordem pública com funcionalização da atividade econômica aos valores existenciais e sociais definidos na Constituição (ROSENVALD, 2005, p. 37).

Luiz Edson Fachin alia-se a essa perspectiva, ressaltando que:

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo da idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata. (2001, p. 191).

O constituinte brasileiro em 1988 enquadrou-se nesta tendência jurídico-ocidental, incluindo expressamente na Constituição, art. 1º, inc. III, o princípio da dignidade, elencando o mesmo com um dos princípios fundamentais da República.

Fica evidente, neste norte, que a adoção de normas que estabelecem a dignidade como valor fundamental do ordenamento visam tutelar todas as situações estabelecidas em uma realidade extrassistêmica que se referem ao elemento humano, constituindo a necessidade de que esse ordenamento adote “novas técnicas normativas, materiais e processuais, capazes de conformar a ordem econômica ao Estado Democrático de Direito, principalmente em uma era de globalização não solidária” (ROSENVALD, 2005, p. 29).

A partir da necessidade de se compreender a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da promoção do ser humano no ordenamento jurídico, viu-se o legislador na suposta necessidade de estabelecer normas jurídicas infraconstitucionais que permitissem “a penetração dos valores albergados no princípio constitucional, conferindo à pessoa uma tutela ilimitada” (ROSENVALD, 2005, p. 30).

O tecido normativo, então, passou a abrigar a adoção da técnica normativo-legislativa das cláusulas gerais, para que se autorizasse uma aproximação visceral entre o valor constitucional da dignidade da pessoa humana e as normas legais responsáveis por tutelar a convivência entre os cidadãos.

Evidencia-se, neste diapasão, que as normas infraconstitucionais se abrem conceitualmente em razão da necessidade de se alinharem com a proteção conferida pelo princípio da dignidade. Deste modo permitem a entrada no ambiente legal de valores que orbitam fora da esfera jurídica, atribuindo ao julgador o poder, dotado de irracionalidade, de decidir conforme elementos não dotados de juridicidade.

#### **2.4 As cláusulas gerais como rompimento da moldura de Kelsen: a abertura do ordenamento aos valores extrajurídicos**

A abertura normativa à qual faz referência Canaris (2003, p. 104) liga-se à incompletude do sistema, situação na qual se ampliam as possibilidades de evolução do tecido normativo, de forma a que ele mantenha-se alinhado às supostas alterações que acontecem no seio da sociedade, independentemente de

interveniência expressa e pontual do legislador. Nesse sentido, tal abertura, grosso modo, estreita a distância entre o texto legal e a dinâmica social.

Bobbio, nessa linha de raciocínio, afirma que o jurista deve retirar as normas jurídicas do arcabouço constante da interação das mais variadas forças oriundas da sociedade e não a partir de regras mortas e fixadas em um código. Adota aqui a perspectiva de que o direito deve ser lido como um fenômeno social, exigindo que as lacunas evidenciadas sejam supridas (integradas) pela função jurisdicional (1982, p. 125).

Os autores que adotam esse raciocínio concluem pela necessidade de que o ordenamento jurídico se abra aos valores encontrados na sociedade, fazendo-o mediante a técnica das cláusulas gerais, que Gustavo Tepedino assim conceitua:

Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas. (2002, p. XIX).

Rosenvald se escora nas lições de Pietro Perlingieri para definir as cláusulas gerais como “fragmentos de disposições normativas caracterizadas por um particular tipo de vagueza, pois o seu parâmetro de valoração é incerto” (2005, p. 170), concluindo que esta espécie normativa tem o condão de autorizar o magistrado a conceder ao caso concreto a solução mais adequada à concretização daquilo que se costuma denominar “bem comum”.

Com escora nesse conceito, pode-se entender que o direito deve buscar, no campo da ética, da filosofia, ou seja, em elementos externos, as bases que permitam reconstruir a argumentação jurídica, não se isolando do campo social.

Tal perspectiva fica clara pelas palavras de Rosenvald:

[...] O direito é um instrumento de comunicação por excelência e método de legitimação que investiga, na ética, na filosofia e em outros elementos exteriores ao sistema, novos elementos que possam fundamentar argumentações jurídicas [...] (2005, p. 160).

Deste modo, Rosenvald, apoiando-se nas lições de Karl Engisch, entende que as cláusulas gerais devem ser lidas como uma técnica legiferante distinta da casuística, preconizando, em substituição, a captação “de um vasto grupo de situações que tenham consequência jurídica” (2005, p. 161).



Tais espécies normativas não visam descrever ou determinar de maneira minuciosa ou específica as condutas em si, mas se preocupam em definir objetivos, princípios e finalidades para que se permita atribuir efeito útil ao tecido normativo.

É cediço que o Código Civil brasileiro de 2002 foi compreendido por grande parte da doutrina jurídica como o referencial na substituição metodológica da técnica legislativa, ao diferenciar-se de seu antecessor adotando a chamada técnica das cláusulas gerais.

Miguel Reale, tido como um dos arquitetos do diploma civilista vigente, asseverou a necessidade de que o referido código previsse “o recurso a critério éticos-jurídicos que permitem chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa” (1998, p. 23).

A partir desta compreensão de utilização de uma linguagem normativa direcionada para uma maior fluidez ou vagueza do texto legal, Judith Martins-Costa ressalta a possibilidade que o juiz tem de criar normas de direito “mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema” (1998, p. 28, 1998).

Com isso, Rosenvald chegou à conclusão de que qualquer narrativa normativa só será autorizada “se permitir a atuação de uma jurisprudência comprometida com as opções valorativas da sociedade” (2005, p. 163).

Infere-se, a partir da perspectiva adotada pelos autores citados, que as cláusulas gerais visam assegurar uma suposta efetividade constitucional, sob o argumento de que a realidade social poderá ser aferida segundo padrões de “normalidade”.

Tal assertiva encontra eco no que afirma Chaim Perelman:

Em direito civil os problemas por resolver, quando se trata de aplicar noções com conteúdo variável, implicam habitualmente, em cada caso específico, apenas uma solução. A solução apelará o mais das vezes a padrões, ou seja, critério fundamentados no que parece normal e aceitável na sociedade no momento em que os fatos devem ser apreciados. Aliás, muito amiúde o juiz o será guiado por uma jurisprudência anterior. (2000, p. 664).

Notadamente uma preocupação constante que domina a doutrina que pesquisa e enaltece as cláusulas gerais diz respeito à diferenciação destas com relação aos conceitos jurídicos indeterminados.

De plano já se identifica o fato de que em ambos é fundamental a realização de uma atividade valorativa por parte do julgador, todavia, afirma-se que nos conceitos jurídicos indeterminados existe um menor grau de generalidade e de abrangência (ROSENVALD, 2005, p. 164).

Nelson Nery Júnior, ao definir conceitos jurídicos indeterminados, leciona que estes se referem a palavras ou expressões constantes da lei, dotadas de conteúdo e extensão com alto grau de vagueza e imprecisão, exigindo que a atividade decisória do magistrado se direcione a preencher aqueles clarões normativos, com vistas a determinar a necessidade ou não de sua aplicação na situação fática exposta. Deste modo, conclui-se que o dispositivo normativo (lei) enuncia o conceito, estabelecendo as consequências jurídicas dele oriundas, retirando do julgador a possibilidade de criar resultados diversos daqueles anteriormente previstos. (2003, p. 407).

Cita o autor como exemplo de conceitos jurídicos indeterminados a norma constante do art. 1.228, § 4º, do Código Civil, que assim preceitua:

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

[...]

§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 05 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2002).

Deste modo, segundo o pensamento adotado por Nelson Nery Júnior, devidamente corroborado por Rosenvald, o juiz deverá verificar a presença em concreto das valorações constantes das expressões vagas, com o objetivo de aplicar a consequência jurídica da desapropriação indireta do imóvel, sem existir outro resultado possível.

Todavia, em contrapartida, as cláusulas gerais, por sua vez,

[...] não prescrevem condutas, mas apenas descrevem valores, as suas amplas diretrizes permitem ao juiz conceder ao caso a solução mais adequada à sua concretização, tendo em vista a função que melhor

instrumentalize o conflito de interesses posto em decisão [...] (ROSENVALD, 2005, p. 164).

A cláusula geral que prevê a função social do contrato (art. 422 do Código Civil) teria aptidão de conferir ao juiz, segundo os fatos autorizem, de retirar parte da eficácia do negócio jurídico, invalidá-lo, resolvê-lo, ou, até mesmo, tão somente interpretá-lo de modo que se permita o cumprimento desta função socializante do pacto.

Como forma de otimizar o desenvolvimento da pesquisa e melhor investigar o tema proposto, se adotará a cláusula geral da função social do contrato como o fio condutor deste estudo, de modo que a tornar mais clara a demonstração da incompatibilidade desta sistemática legislativa com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

### 3 A TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA COMO PANO DE FUNDO PARA O ESTABELECIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA A REALIZAÇÃO DOS IDEAIS PRESENTES NAS CLÁUSULAS GERAIS

Apresentado o quadro geral da compreensão doutrinária do papel e do conceito cláusulas gerais, bem como delimitado o contexto histórico-político de seu surgimento no ordenamento jurídico, passa-se a analisar a teoria<sup>1</sup> do processo como relação jurídica desenvolvida por Oskar Von Bülow, destacando suas principais características e apontando suas inúmeras incongruências com o princípio democrático, visando, por fim, demonstrar que a técnica normativa das cláusulas gerais presentes no direito material complementam esta compreensão de processo, afastando-o do caminho democrático preconizado pelo texto constitucional pátrio.

Será apontada a identidade entre as ideias de Bülow e aquelas desenvolvidas por vários autores da dogmática processual em que se reafirma “a necessidade de se atribuir ao juiz poderes ampliados que assegurem uma certa flexibilização do ordenamento jurídico para que se obtenham decisões rápidas e justas” (LEAL, A., 2008, p. 25).

Assim como ficou claro pelas passagens desta pesquisa que a transição entre o paradigma do Estado Liberal e Estado Social gerou a necessidade de se permitir a abertura do texto normativo a elementos externos ao direito, tais como, a ética, moral, costumes e outros (escopos metajurídicos), permitindo, assim, uma suposta possibilidade de maior efetividade<sup>2</sup> do ordenamento em face da realidade fática; buscar-se-á também no presente estudo esclarecer a razão pela qual tal perspectiva se afasta do entendimento do processo como garantia de direitos individuais e coletivos sob a leitura da constitucionalidade democrática, em que se privilegia a participação efetiva dos envolvidos no exercício da atividade jurisdicional.

---

<sup>1</sup> Para Rosemiro Pereira Leal, **teoria** é “expressão de pensamentos abstratos organizados sobre o contexto dessa realidade” (2009, p. 44).

<sup>2</sup> A perspectiva desta busca pela efetividade do direito está atrelada à grande preocupação da população com a questão atinente à credibilidade do Poder Judiciário, em que se elege a sua morosidade e vagareza como um dos mais relevantes e atuais problemas do Brasil, na medida em que o longo tramitar procedimental afasta o cidadão da satisfação do direito pleiteado.

Será possível identificar, a partir da análise profunda da teoria do processo como relação jurídica, que tal forma de compreender o processo pauta o pensamento dos atuais autores da dogmática processual, que partem da premissa segundo a qual o processo é instrumento da jurisdição.

### **3.1 A teoria de Bülow e suas incoerências teóricas em relação à compreensão democrática do processo**

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oskar Von Bülow em 1868, sendo considerada o “marco da autonomia do processo ante o conteúdo do direito material” (LEAL, R., 2009, p. 78). Este *status* lhe foi conferido pela doutrina por identificar a existência de uma relação jurídica processual completamente diversa das relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos no plano material.

O grande mérito de Bülow foi justamente a sistematização da relação processual. Enquanto alguns procuravam fora do direito a explicação para a natureza jurídica do processo (como Guasp), Bülow buscou dentro da própria ciência do direito esta explicação, utilizando-se de um conceito já bastante consolidado nesse campo, que foi o conceito de relação jurídica. (ALVIM, 2003, p. 162).

Aroldo Plínio Gonçalves ainda ressalta o fato de que o pensamento bülowiano nasceu como uma tentativa de superação do modelo formalista de processo, “que absorvia o processo no procedimento e considerava este uma mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito” (1992, p. 63). Assim também asseverou André Cordeiro Leal:

O que Bulow buscava, no fim das contas, desde 1868, era oferecer uma saída para o “formalismo” [...] em que havia se envolvido a Escola Histórica do Direito alemã pela Jurisprudência dos Conceitos, a qual, por seu absoluto academicismo, parecia não oferecer propostas consistentes às questões ligadas à operacionalização do direito. (2008, p. 45).

Na obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*,<sup>3</sup> publicada em 1868, Bülow trabalha a existência de

<sup>3</sup> Tradução livre: “Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais”. Registre-se, ainda, que a obra pesquisada para o desenvolvimento desta pesquisa é a versão em espanhol,

pressupostos exclusivos de existência e desenvolvimento da relação jurídica processual, formada por juiz, autor e réu. Significa dizer que o autor alemão estabelece a necessidade de que as partes envolvidas nessa relação cumpram requisitos necessários previstos na legislação processual para sua válida constituição, sendo que o direito material disputado entre as partes se situa em um plano posterior.

André Cordeiro Leal aponta, já neste momento, que Bülow procurava demonstrar que o magistrado é o responsável por analisar os pressupostos de formação regular da relação jurídica processual, atuando de ofício para cumprimento desta tarefa:

Conforme sustenta, quando se tratava daquela relação jurídica entre as partes e os magistrados – que Bulow passou expressamente a chamar de *relação jurídica processual* – e não da relação jurídica entre as partes *perante* o magistrado, a análise dos textos romanos acerca das etapas *in iure* e *in iudicium* do processo formular (assim como seus impactos nos modelos procedimentais posteriores) indicava que a verificação judicial de eventuais óbices a essa relação processual não estaria condicionada à apresentação de exceções pelo réu.

Esses textos romanos permitiriam concluir, aliás, na perspectiva de Bulow, exatamente o contrário, ou seja, que incumbiria aos magistrados, *ex officio*, a verificação do integral acatamento de certos pressupostos para após, e somente após, considerar-se constituída a relação processual.

No fim das contas, Bulow buscava frisar o fato de que era *atividade* (tão pretensamente zelosa e atenta quanto solipsista) *inarredável dos juízes e tribunais* a verificação de admissibilidade da relação processual. (2008, p. 40-41).

Todavia Bülow (1964, p. 1) não compreende a relação jurídica processual como uma relação de cunho privatístico, e sim defende o ponto de vista de que se trata de uma relação jurídica de direito público, em razão de que os direitos e obrigações de origem processual se dão entre o cidadão e o Estado, “desde que se trata no processo de uma função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes a tomam em conta unicamente no seu aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial” (BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p. 38).<sup>4</sup>

---

cujo o título é “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, publicada em 1964.

<sup>4</sup> No original: “[...] desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes toma en cuenta únicamente em el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial”.

Evidentemente, a partir desta constatação, “erigia-se incontornável a necessidade de se reconstruir, por via de uma nova ciência, tudo o que se havia escrito sobre temas relativos ao desenvolvimento das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões” (LEAL, A., 2008, p. 39).

Além de identificar a natureza do processo como relação jurídica de direito público, Bülow também recebe de parte da doutrina (ALVIM, 1997, p. 135) o mérito de ter sido o responsável por fazer a distinção conceitual entre processo e procedimento, em que se considerava este como sendo a manifestação fenomênica daquele, segundo resumiram os adeptos desta teoria (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1991, p. 247).

Rosemiro Pereira Leal adverte que na realidade se estabeleceu uma confusão de conceitos tão relevante, que os seguidores deste pensamento conseguiram limitar ainda mais o conceito bülowiano (2009, p. 79), porque, ao afirmarem que o procedimento é o “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1991, p. 247), não esclarecem nada sobre a origem desse meio, não conseguindo distinguir os dois institutos:

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo que se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, a jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1991, p. 247).

Em razão dessa falta de compreensão da distinção entre processo e procedimento, Rosemiro Leal destaca a grave consequência da teoria de Bülow para a sua incompatibilidade com o Estado Democrático:

Agravaram-se as tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. (2009, p. 79).

### 3.2 A finalidade do Direito de Jhering como influência no pensamento de Bülow

Conforme anteriormente afirmado, Bülow buscava uma saída do chamado formalismo processual em que se fundamentava o pensamento da Escola Histórica do Direito alemã a partir da Jurisprudência dos Conceitos, na medida em que se acreditava na insuficiência destas propostas para a discussão acerca da operacionalização do direito.

Em verdade, assim como em André Cordeiro Leal, identificamos o fato de que o seu objetivo principal era o de adequar a sistemática de compreensão do direito processual a uma perspectiva do paradigma do Estado Social, visto que defendia “a necessidade do aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais” (2008, p. 45).

Por esta razão, Bülow foi considerado o precursor do Movimento do Direito Livre,<sup>5</sup> a partir do qual as ideias foram utilizadas como fundamento para o desenvolvimento na Alemanha do nacional-socialismo (GONÇALVES, 1992, p. 12).

André Leal apresenta a característica marcante desse movimento:

Embora Larenz entenda que a expressão Direito Livre não goze de demarcação semântica precisa, adverte que é sua característica insistir no fato, já pontuado, aliás, por outras linhas do pensamento jurídico, de que não poderia haver determinação jurídica pronta na lei para cada problema em particular, tendo em vista a existência de um véu ilusório decorrente de uma pluralidade de significações do texto legal a impedir um acesso direto à solução procurada. (2008, p. 46).

Diante deste cenário, Larenz (*apud* LEAL, A., 2008, p. 79) entende que elementos subjetivos, como o aspecto volitivo ou até mesmo a intuição, têm aptidão para solucionar o impasse da pluralidade interpretativa a que se refere André Leal.

Evidentemente, a teoria do processo como relação jurídica proposta por Bülow, conforme se verá mais adiante, aponta no sentido de que esta subjetividade que visa determinar a melhor interpretação para o caso concreto se

---

<sup>5</sup> Karl Larenz (1997, p. 78-80) atribui esta condição a Bülow de modo expresso em sua obra.



localiza na privilegiada mente do julgador, visto que este representa o canal direcionador dos anseios sociais.

Em paralelo com o desenvolvimento das ideias bülowianas de processo, surge a escola da Jurisprudência dos Interesses, com o claro objetivo de questionar a validade da Jurisprudência dos Conceitos, cujo expoente máximo foi Rudolf Von Jhering.

Importante destacar este aspecto, porquanto as propostas de Jhering em muito se assemelhavam às de Bülow, em razão de que aquelas, assim como estas buscavam dar o primeiro passo para a “sociologização do pensamento jurídico por meio de sua crítica à *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos) e ao excesso de formalismo conceitual e do uso da lógica no desenvolvimento do método jurídico” (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 75).

André Leal identifica um relacionamento entre os autores que ultrapassa simplesmente a amizade:

Isso permite concluir, de logo, que não foi apenas por uma questão de amizade e compartilhamento de instituição de magistério que Bulow dedica sua obra de 1868 a Jhering, já que ambos tinham em determinado momento histórico, objetivos comunes: romper não só com Puchta mas também com outras propostas metodológicas [...] (2008, p. 48).

De modo expreso, em 1885, na obra *Gesetz und Richteramt*, ainda sem tradução para o português,<sup>6</sup> Bülow afirma que se aproveitou das lições de Jhering para calçar o seu pensamento na reflexão acerca da importância que a decisão judicial e o trabalho dos magistrados trazem para a vida jurídica (LEAL, A., 2008, p. 48).

O que Ihering observou, em sua obra, *Finalidade do Direito*, de 1877, Volume 1, f. 327-33, sobre o mandamento individual, contribuiu, ainda que sem relação com a decisão judicial, para o amadurecimento do raciocínio sobre a criação concreta do direito, após eu já ter obtido conclusões ricas sobre muitas questões fundamentais nas obras iniciais de Ihering, as quais são de extrema relevância para o problema ora abordado. (BÜLOW *apud* LEAL, 2003, p. 4-5, tradução livre).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Por este motivo, utilizaremos da interpretação conferida à obra pelo professor André Cordeiro Leal, na medida em que ele obteve a sua tradução e forneceu em seu livro *A instrumentalidade do processo em Crise* um manancial de citações e informações que merecerem ser reproduzidas nesta pesquisa.

<sup>7</sup> No original: “Was Ihering in seinem Zweck im Recht 1877, Bd. 1, S. 327-333 über das “Individualgebot” bemerkte, trug, obwohl ohne Beziehung auf das richterliche Urteil geäußert, zur Ausreifung der Gedanken über die richterliche konkrete Rechtsschaffung bei, nachdem ich

Vale ressaltar que a obra de Jhering mencionada por Bülow visa estabelecer a compreensão do Direito como norma coercitiva imposta pelo Estado:

Como conclusão, temos, conseqüentemente, que o critério da norma jurídica não assenta na eficácia externa da mesma pelo lado do povo, mas em sua eficácia interna pelo lado dos órgãos públicos. Aquela eficácia acha-se muito aquém dessa, e não iremos, por isso, se traduzimos de modo juridicamente correto o conceito de norma jurídica, incorrer em erro, quando a definimos, do ponto de vista de sua forma, como sendo um imperativo abstrato aos órgãos do poder público, e o efeito externo, *i.e.*, a sua observância por parte do povo, na medida em que haja ensejo para isso, deve, deste ponto de vista puramente jurídico-formal (e não do ponto de vista teleológico), ser considerado secundário [...] Trata-se, puramente, de regras para o manejo do poder estatal de coerção. Porém, na medida em que esse poder coercitivo se ache, do ponto de vista ativo, à disposição da pessoa privada para a defesa de seus interesses (ação privada), ou, do ponto de vista passivo, possa, por meio de tal pedido, ou mesmo, sem ele, ser posto em execução contra ela, essas regras estendem sua eficácia também à pessoa privada, legitimando-a, obrigando-a ou vinculando-a. (JHERING, 2002, t. 1, p. 230).

Assim, é possível concluir que Bülow se escora em Jhering justamente no ponto em que se estabelece uma identificação visceral entre o Direito e o poder, explicando o motivo pelo qual a centralidade da teoria do processo como relação jurídica encontra-se “no poder que se deve dar à magistratura diante de sua importância na construção do direito” (LEAL, A., 2008, p. 52).

### **3.3 A relação jurídica processual como vínculo de subordinação (sujeição)**

Ao se estabelecer que o processo forma uma relação jurídica de direito público, totalmente distinta daquela estabelecida no plano do direito material, que se desenvolve de modo progressivo entre as partes (juiz, autor e réu); passa a ser fundamental, para a correta compreensão desta teoria, a compreensão da noção acerca de direito subjetivo, na medida em que essa noção extraída do direito privado é transportada sem alterações para o campo processual por seus adeptos.

---

langst aus Ihering's früheren Werken reiche Aufschlüsse über viele Grundfragen erhalten hatte, die für das in Angriff genommene Problem mittelbar von Bedeutung sind”.

Eduardo Couture, seguidor da teoria do processo como relação jurídica,<sup>8</sup> estabelece que o processo é caracterizado por sua finalidade, qual seja, dirimir o conflito de interesses levados pelas partes até a tribuna do Judiciário. Com esta perspectiva, o autor ressalta o vínculo de subordinação entre os sujeitos inerente à compreensão de direito subjetivo e o lança também na relação jurídica processual:

A relação é a união real ou mental de dois termos, sem confusão entre si. Relação é vínculo que aproxima uma coisa a outra, permitindo manter entre elas sua primitiva individualidade. Quando na linguagem do direito processual se fala de relação jurídica, não tende senão a assinalar o vínculo ou liame que une entre si os sujeitos do processo e seus poderes e deveres a respeito dos diversos atos processuais.

[...]

Se fala, então, de relação jurídica processual no sentido apontado de ordenação da conduta dos sujeitos do processo em suas conexões recíprocas, ao cúmulo de poderes e facultades em que se encontram uns a respeito dos outros. (1993, p. 133, tradução nossa).<sup>9</sup>

Deste modo, torna-se fundamental, primeiramente, compreender a noção de direito subjetivo que se encontra subjacente à noção de relação jurídica, visto que esta abordagem é a responsável por justificar a posição de supremacia assumida pelo juiz na ideias de Bülow, possibilitando esclarecer sua incompatibilidade com a democracia hodierna.

A assimilação dessa ideia se revela também importante para evidenciar que o desenvolvimento da técnica normativa das cláusulas gerais nada mais é do que o instrumental colocado nas mãos do julgador para “legitimar” a sua escolha mágica pela interpretação que melhor revele o interesse da sociedade na busca pelo bem comum.

---

<sup>8</sup> Importante destacar que Eduardo Couture abandonou esta teoria por um breve espaço de tempo, filiando-se à teoria do processo como instituição jurídica de Jaime Guasp. Todavia retornou ao pensamento bülowiano ao encontrar na concepção da teoria institucional uma série de aspectos de caráter sociológico que ele considerava inadequados à formulação de uma teoria verdadeiramente científica do processo.

<sup>9</sup> No original: “La relación es la unión o mental de dos términos, sin confusión entre si. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre si a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales. [...] Se habla, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades em que se hallan unos respecto de los otros”.

Aroldo Plínio Gonçalves aduz que o conceito originário de direito subjetivo foi construído por Guilherme de Occam, e reformulado por Windscheid para adequá-lo ao paradigma do Estado de Direito:

Com Windscheid, o conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica, já no sentido pronunciado por Occam. O antigo *vinculum iuris* aperfeiçoou-se com vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos, passivo e ativo, atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo determinada conduta e impondo a este o dever de prestá-la. (GONÇALVES, 1992, p. 76).

Chiovenda, por sua vez, define o conceito de direito subjetivo estabelecendo que se trata de vontade de lei concretamente subjetivada, tomando-a sob o prisma daquele que pode fazê-lo atuar:

Fundando-se, com efeito, na vontade da lei, o sujeito jurídico pode aspirar à consecução ou à conservação daqueles bens, inclusive por via de coação. Constitui tal aspiração o denominado direito subjetivo, que se pode, portanto, assim definir: a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei. (1998, p. 17).

Diante dos conceitos ora apresentados, é possível concluir que a noção de direito subjetivo pressupõe uma relação jurídica estabelecida entre as partes envolvidas, na medida em que essa relação estabelece o liame entre os dois sujeitos, no qual um deles tem o poder de exigir do outro o cumprimento de alguma obrigação.

[...] embora Bulow houvesse demonstrado que o que chama de “processo” não se confundiria com o direito debatido entre as partes, adotou o modelo de relação jurídica oriundo de um enfoque privatístico do direito, apenas adaptando-o às bases do direito público, mantendo-se intocada, no entanto, a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento típico do direito privado obrigacional. (LEAL, A., 2008, p. 28).

Inegavelmente, com o surgimento do pensamento de Bülow, o processo incorpora alta carga ideológica, afastando-se de uma concepção dialética, condizente com o princípio democrático.

A transposição do conceito de relação jurídica de origem privatística para o campo do direito público alçou o Estado a uma inegável posição de supremacia pressuposta em relação às partes, permitindo-lhe exercer a sua soberania no campo jurisdicional ao fazer atuar a vontade da lei, dizendo de modo imperativo qual direito deve ser aplicado na situação fática sob análise.

Com efeito, a relação estabelecida entre as partes (autor e réu) e o juiz, dentro da perspectiva da teoria bülowiana e de seus adeptos, é uma relação de sujeição, em razão do vínculo oriundo da norma que autoriza ao sujeito ativo exercer poder sobre a conduta do sujeito passivo. Portanto é correto afirmar que a relação jurídica processual também se fundamenta em uma relação de subordinação entre sujeitos.

Por consectário lógico, a teoria do processo como relação jurídica, ao dispor as partes em um plano de inferioridade em relação ao Estado-Juiz (jugador), faz com que o processo perca qualquer vinculação democrática, transformando-o em meio (instrumento) adequado à dominação ideológica. Tal compreensão de processo o configura como instrumento legítimo para justificar práticas autoritárias.

### **3.4 A jurisdição como atividade do juiz**

Certamente, o ponto da teoria de Bülow que representa a sua essência e justifica a ampliação do poder do magistrado dentro do cenário da relação jurídica processual diz respeito à compreensão da jurisdição como atividade do juiz.

Será possível perceber durante a evolução deste debate que o equívoco teórico aqui identificado marcará forte presença também nas ideias de outros processualistas que buscaram superar Bülow, tais como Chiovenda, Couture e Fazzalari. Verificar-se-á ainda que a perspectiva de compreensão do processo apenas como meio para fazer atuar a vontade do juiz (jurisdição) é o cerne teórico da Escola Instrumentalista do Processo:

Quando se colocava historicamente a jurisdição como fenômeno criador do processo nas épocas pretorianas, tal como também o faz até hoje a chamada Escola Instrumentalista ou da Relação Jurídica, sem considerar o adensamento dos princípios do Processo por ampliação das conquistas teóricas dos direitos fundamentais da personalidade, da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do devido processo legal, afirmavam-se os velhos institutos do direito administrativo, que têm apoio no princípio da continuidade da função administrativa, como fundamento da existência do Estado, influenciando na conceituação de Direito Processual. [...]

As teorias do processo, como lembra Alfredo Di Orio, sustentadas por Bulow, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Liebman, Couture, e, em consequência, por todos os adeptos da Escola da Relação Jurídica e da Instrumentalidade do Processo se curvam ao voluntarismo jurisdicionalista do século passado. (LEAL, R., 2009, p. 28-29).

Neste aspecto, André Cordeiro Leal assevera que a jurisdição tem esta definição em Bülow em razão de que, para este, o processo não deve exercer a função de controle judicial, e sim, de se estabelecer como uma técnica a serviço dos juízes para reforçar as convicções nacionais da Alemanha na época do desenvolvimento de sua teoria (2008, p. 54).

Verifica-se, nesta ordem de ideias, que Bülow enaltecia a magistratura alemã, chegando a afirmar que o Direito alemão devia sua transformação “ao trabalho e à contribuição criadora da magistratura, principalmente quando da recepção do direito romano” (LEAL, A., 2008, p. 54). Por este motivo é que o autor buscava defender a importância dos juízes em seus escritos.

Com efeito, a assimilação teórica da jurisdição como atividade do julgador no exercício da função de criação jurídica em favor do Estado tem o condão de transplantar o fundamento de sua legitimidade (aceitação) para elementos subjetivos daquele.

A razão pela qual Bülow trilhou este caminho encontra-se muito bem definida nas palavras de André Cordeiro Leal:

Ao contrário, o propósito de Bulow foi de apresentar, com base na releitura do direito romano, fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã e de justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, municiando, com isso, a magistratura de instrumento de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados em Roma. (2008, p. 62).

Ao estabelecer a presença do julgador em um *locus* privilegiado na estrutura processual,<sup>10</sup> a partir da valorização deste no contexto sociopolítico da época, Bülow concebeu a jurisdição como uma atividade pessoal do magistrado, que possui a aptidão para revelar em sua sentença suas próprias vontades. Interessante ressaltar que esta leitura de jurisdição também autoriza o juiz a

---

<sup>10</sup> Aqui também se poderia utilizar o termo procedimental, na medida em que no seio desta teoria não se conseguiu identificar a distinção entre processo e procedimento.

intervir de modo solipsista nas situações fáticas concretas que não possuíam regulamentação legal.

Conforme alertado no início do tópico, vários autores que tinham como objetivo superar a teoria desenvolvida por Oskar Von Bülow conseguiram, em termos, desconstruir as amarras do vínculo de sujeição oriundas do conceito de relação jurídica, mas esbarraram todos eles na equivocada compreensão do conceito de jurisdição, não conseguindo enfrentar a temática com olhos voltados para uma leitura democrática do instituto.

Chiovenda foi um processualista italiano que buscava ultrapassar a teoria do processo como relação jurídica de Bülow, mas cometeu o mesmo equívoco do autor alemão ao abordar o conceito de jurisdição.

Tal perspectiva é notadamente encontrada atualmente, sem qualquer reparo, na doutrina desenvolvida pelos instrumentalistas. Dinamarco sustenta o mesmo argumento de Bülow de que a técnica jurídica está à disposição dos objetivos sociais e políticos da nação, na medida em que, apoiando-se na concepção carneluttiana de que o processo busca a justa composição da lide, os conflitos de interesses devem ser lidos e compreendidos como um fenômeno sociológico e não jurídico (2009, p. 180-181).

Assim, o processualista paulista afirma que “a jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação” (DINAMARCO, 2009, p. 181). Prossegue o autor:

Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a que tem razão num processo. Tutela é ajuda, proteção. É jurisdicional a proteção outorgada mediante o exercício da jurisdição, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. [...] Sem resultados, assim o processo civil careceria de legitimidade. Estamos falando de um processo civil de resultados, como convém ao presente momento metodológico dos estudos processualísticos. E os resultados que legitimam o sistema são necessariamente externos ao processo. (DINAMARCO, 1996, p. 61).

Conclui André Cordeiro Leal:

Exatamente nesse sentido são as conclusões da dogmática majoritária brasileira da Escola Instrumentalista do Processo, segundo as quais processo é instrumento da jurisdição na consecução de escopos

metajurídicos, com a supressão do tempo do pensar em prol da rapidez e “justiça” olímpicas da decisão, como se expôs. (2008, p. 30).

Evidentemente que, por esta abordagem em que se estabelece uma liberdade criativa do Direito pela magistratura alemã, não se pode aproveitar qualquer elemento desta teoria em uma perspectiva que não seja aquela inerente ao Estado Social, visto que, neste paradigma, o Estado toma para si o papel de protetor do povo, sob o argumento de que os valores que permeiam a sociedade seriam acatados em prol da justiça.

### **3.5 A instrumentalidade do processo na busca pela efetividade do chamado direito material**

Ficou clara, no pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, a preocupação exacerbada com a chamada “efetividade do instrumento”, afirmando o autor paulista que esta se pauta segundo a compreensão de que o meio extrajurídico exerce influência sobre o procedimento técnico e que, por isso, não se pode negar a natureza ética do processo.

José Roberto Bedaque reafirma, como Bülow, a necessidade de que reconheçamos “no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma” (2006, p. 45).

Com apoio nas palavras de Ingeborg Maus, é possível concluir que a perspectiva do processo como relação jurídica de Bülow permitiu que o Judiciário buscasse o fundamento de suas decisões em dito direito suprapositivo ou ético, permitindo um perigoso afastamento das vinculações jurídico-constitucionais (2010, p. 25).

A partir dessa compreensão é que nasce a ideia de processo como mero instrumento de atuação do direito material, na medida em que se busca a adoção de medidas reais para que se atinja sua efetividade, o que deverá, com esteio no raciocínio despendido, contar com a faculdade de o juiz buscar a melhor adequação deste ao cumprimento de seus fins.



Corroborando esse pensamento, Bedaque afirma que o processo é um mecanismo “dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente” (2006, p. 35).

Deste modo, não persistem dúvidas quanto ao entendimento de que, sob a leitura social do processo, fundada em raízes éticas, o julgador dispõe de amplos poderes de condução do procedimento, podendo, inclusive, ignorar as exigências legais de caráter formal para que se possa alcançar o resultado esperado.

Por isso é que Dinamarco sustenta o argumento de que a técnica jurídica está à disposição dos objetivos sociais e políticos da nação, na medida em que, apoiando-se na concepção carneluttiana de que o processo busca a justa composição da lide; os conflitos de interesses devem ser lidos e compreendidos como um fenômeno sociológico e não jurídico (2009, p. 180-181).

Fica evidente que tal postura permite à jurisdição (aqui compreendida como atividade do juiz) uma abertura maior aos elementos que circundam a comunidade jurídica e ao Direito, permitindo a presença de aspectos relacionados à moral e à ética em seu delinear contemporâneo. É possível enxergar um escopo metajurídico nesta perspectiva, que se localiza na paz social.

Aqueles que se pautam pelo instrumentalismo processual e, por consequência, se preocupam com a chamada efetividade do instrumento orientam-se segundo a compreensão de que o meio extrajurídico exerce influência sobre o procedimento técnico e, por isso, não se pode negar a sua natureza ética.

A justiça da decisão estaria ainda, para os escritos alinhados a essa perspectiva, na capacidade do juiz em sintetizar e realizar pela interpretação oportunizada pelo chamado “caso concreto”, valores pressupostamente vigentes nas sociedades, e em permitir, dessa forma, que o direito seja permanentemente adaptado a uma certa “realidade”, não obstante a legalidade tenha que ser afastada – o que implica afirmar, indiretamente, que, assim como o tempo necessário à decisão judicial, também o “tempo legislativo” representaria um malefício, de vez que é exatamente o “tempo legislativo que se apresenta como obstáculo a que a lei se encontre permanentemente “adaptada” a essa “realidade”. (LEAL, A., 2008, p. 25).

Por esta razão é que aqueles que adotam essa instrumentalidade processual, e por consequência, os que se ocupam em sustentar o resgate de uma efetividade do processo reduzida à sua capacidade (truculência realizante)

de fazer valer um direito material (em que “material” equivale a conteúdo ético) reforçam, assim, a compreensão de que, como o extrajurídico deve exercer influência determinante sobre a técnica procedimental, o processo, como instrumento da jurisdição estatal, também não pode deixar de ser ético, sem que, no entanto, nada expliquem sobre as origens da eticidade e sobre quais seriam os critérios de escolha do agir eticamente aceitável a ser introduzido no direito.

[...] É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigerantes, seja para interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor [...] (DINAMARCO, 2009, p. 320-321).

Exatamente por esta razão é que Bedaque afirma a necessidade de que reconheçamos “no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma” (2006, p. 45).

Todavia a imprecisão terminológica inerente aos escopos metajurídicos e sua consequente subjetividade geram uma intransponível dificuldade para que se consiga delimitar os objetivos da Escola Instrumentalista, na medida em que não se consegue identificar qual seria esta “ordem jurídica justa” a que eles se referem.

A título de exemplo, Hitler ceifou a vida de muitas pessoas (judeus, ciganos, deficientes etc.) em nome também do estabelecimento de uma “ordem justa”. Despiciendo lembrar todas as atrocidades perpetradas pelo domínio nazista na Alemanha, por escapar ao objeto proposto para a presente pesquisa. Entretanto o referencial histórico apresentado é bastante elucidativo, claro que nas devidas proporções, para ilustrar e justificar a preocupação exposta nesta pesquisa.

Além disso, a compreensão de processo como instrumento da jurisdição também fala na utilidade pela busca de resultados, sem conseguir precisar quais são esses resultados e a quem eles interessam. Transferir a fundamentação para um suposto desejo da sociedade não pode ser tido como suficiente, na medida em que na atualidade vivemos um cenário permeado por sociedades

multiculturais descentradas (OLIVEIRA, 2002), em que os desejos são também, por óbvio, plurais.

Deste modo, Aroldo Plínio Gonçalves aponta com propriedade para a fragilidade e violência desta perspectiva:

[...] a história do Direito demonstra, como dados objetivos, que, com formalismos rigorosos (o processo formulário) ou sem qualquer formalismo (os processos que Weber denominou de direito formal irracional, do direito salomônico, passando pelo Kadi, chegando aos tribunais revolucionários), os processos ativeram uma enorme eficácia para uma pluralidade de fins. Com formalismos ou sem formalismos, foram eficazes para condenar em nome de muitos nomes: em nome de razões sociais e em nome de razões de Estado, em nome do pecado e em nome de Deus; em nome de incompreensíveis signos e em nome de misteriosos, formidáveis e insondáveis nomes. (1992, p. 171-172).

A violência estabelecida pela necessidade de se buscar uma vontade social homogênea transfere, conforme se constatou, para o julgador a necessidade de captar os anseios oriundos desta sociedade e estabelecer um comando edificador desta compreensão que ele mesmo construiu.

Para tanto, se verá, na sequência, que o magistrado passa a contar com um espaço que o autoriza a adotar uma posição mais ativa na construção do direito, de modo que se permita ampliar as possibilidades de efetividade das normas jurídicas materiais por meio do processo.

### *3.5.1 A postura ativa do juiz e a efetividade processual*

A concepção do justo processo (Escola Instrumentalista) estabelece como requisito para que o processo atinja um resultado útil uma maior liberdade do juiz no que se refere aos seus poderes instrutórios.

O que se entende por ampliação dos poderes do juiz, para os adeptos desta escola processual, é a concessão de maior flexibilidade na adaptação das normas do processo à realidade fática que envolve a relação substancial entre as partes. Tal flexibilidade, segundo Comoglio<sup>11</sup> (*apud* BEDAQUE, 2006, p. 50),

---

<sup>11</sup> Comoglio, *Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri*, *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/665.

permite ao “juiz encontrar, na prática, o meio mais idôneo a atingir o fim desejado, visando ao melhor resultado possível”.

É por isso que, nessa perspectiva, não se pode pensar em afastar o poder judicial, porque o juiz precisa dispor de mecanismos de condução da própria procedimentalidade que permitam a remoção de barreiras à realização da justiça no caso concreto, inclusive ignorando exigências legais de caráter formal, se isso for necessário para que essa justiça seja alcançada, conforme já destacado por Cândido Rangel Dinamarco (2009). Exatamente por isso é que o referido autor sugere que a técnica processual deve estar à disposição dos objetivos sociais e políticos da nação. Ressalta, ainda, apoiando-se na concepção carneluttiana do processo, que o Estado deve buscar a justa composição da lide, devendo ser entendidos os conflitos de interesses como um fenômeno sociológico e não jurídico.

A maximização da liberdade jurisdicional alinha-se perfeitamente aos pressupostos de utilização das cláusulas gerais, que, conforme já apresentado, permitiu a inserção de elementos valorativos na ordem jurídica, em que o juiz tem uma mobilidade “vigiada” para proceder à adequação procedimental ao caso concreto.

Entretanto, a adoção desta metodologia de compreensão processual, em que se confere ao julgador, Estado-Juiz, a ampliação de seus poderes; deságua, conforme ensina Ingeborg Maus, em uma situação de supervalorização do Judiciário, em que se identificam “fortes elementos do domínio patriarcal e da decisão autônoma situacional ao relativizar matérias de leis individuais envolvendo convenções morais e ‘valores”’. (2010, p. 37).

Sob esta perspectiva, é importante destacar a fragilidade inerente à legitimidade da decisão construída a partir de elementos extrassistêmicos oriundos da subjetividade do julgador, porquanto impede a assimilação objetiva pelo seu destinatário do comando estabelecido, trazendo ao mundo jurídico fatores que não são compartilhados pela comunidade do Direito.

Por esta razão, passar-se-á, no capítulo seguinte, a estabelecer uma construção teórica mais adequada aos pilares democráticos do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma análise aprofundada da teoria

neoinstitucionalista do processo e seu conseqüente confronto com a situação estabelecida pela técnica normativo-legislativa das cláusulas gerais.

#### 4 A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA: A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Pela construção de raciocínio desenvolvida no capítulo anterior, restou evidenciada a impossibilidade de utilização da teoria do processo como relação jurídica bülowiana no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, é fundamental para o estabelecimento definitivo de uma comunidade jurídica o desenvolvimento de uma compreensão de direito processual alinhado com as aspirações constitucionais de viés democrático.

Assim, o presente capítulo terá importância fundamental para o enlace final da pesquisa, na medida em que a adoção deste marco teórico e sua delimitação com relação à temática desenvolvida no trabalho será a porta de entrada para concretizar o confronto da técnica normativo-legislativa das cláusulas gerais e o paradigma democrático de direito sob o foco de sua repercussão no processo civil.

Para tanto, Rosemiro Pereira Leal, autor da teoria neoinstitucionalista do processo, aponta para a necessidade de que o processo no espaço de sua “autonomia jurídica na constitucionalização das Sociedades Políticas” seja estudado a partir de uma visão pós-moderna<sup>1</sup> e não hegeliana do Estado, asseverando que:

As instituições, no pós-modernismo, não têm mais as características de complexidades teóricas ou fáticas não desatáveis pela reflexão humana, mas representam historicamente “espaços de existência” ou “redes de relação de poder” ao nível das funções estatais. Com a edição de *La Condition Postmoderne* de Jean-François Lyotard, em 1979, com sua tradução para o Inglês em 1984, ficou claro, para os estudiosos do Direito, que as constituições não mais podem ser um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, mas um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas, em que o Estado comparece como uma delas e com funções específicas, sem a conotação hegeliana de expressão entitativa superior, criador de direitos, condutor único e controlador normativo, soberano e absoluto da sociedade política. Atualmente, a própria constituição é erigida à categoria de instituição jurídica inviolável (direito político fundamental), como se vê da presença de cláusula de resistência na vigente constituição alemã (art. 20, inciso V) pela qual,

---

<sup>1</sup> Rosemiro Pereira Leal define pós-modernismo como “um pós-mundo posto pelo homem sem pressupostos históricos condicionadores” (2009, p. 35).

como observa o prof. Joaquim Carlos Salgado, assegura-se a todos o direito de “resistirem às tentativas de eliminação da ordem constitucional”. (2009, p. 35).

A partir da compreensão de que o processo é uma instituição jurídica posta ao lado do Estado e não em subordinação a este, adota-se uma leitura que permite a “articulação normativa horizontalizadora, num plano “poliárquico” (LEAL, R., 2009, p. 36).

Nesta ordem de ideias, conclui o autor que a jurisdição constitucional do processo autorizou o estabelecimento da isonomia institucional entre o Estado e o cidadão, em razão de uma necessária releitura do papel constitucional:

[...] A constituição não é mais instrumento estatal magno, político-normativo de assegurar de equilíbrio entre poderes imanentes ao Estado e a serviço do voluntarismo deste ou de mera distribuição de funções, competências e atribuição administrativas, judiciárias, jurisdicionais e legislativas para fins de bem-estar e paz social não devidamente equacionadas em parâmetros institucionais inequívocos e eficazes. Atualmente, a constituição, quando contextualizada livremente pelo povo em paradigmas processualizados de dignidade e liberdade humanas, é a única fonte jurídico-institucional, e não mais o Estado instrumental ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nela terem origem. (LEAL, R., 2009, p. 37).

Com efeito, Rosemiro Pereira Leal, ao se afastar das correntes institucionalistas sociológicas<sup>2</sup> e ao afirmar a igualdade institucional estabelecida pela pós-modernidade, posiciona o processo como uma instituição que contém “princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo”, todos estes regentes da procedimentalidade democrática (2009, p. 36).

O referido autor, ao abordar o conceito de instituição<sup>3</sup> que adota no desenvolvimento de sua teoria, esclarece que não se fundamenta nas lições de Maurice Haurriou, nem dos processualistas e juristas do início do século XX. (2009, p. 36). Noutro sentido, afirma que instituição:

[...] é um conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de

---

<sup>2</sup> Andréa Alves de Almeida (2005, p. 68) esclarece que “esta teoria distingue-se da acepção guaspiana de processo como instituição porque não se apóia em supostos sociológicos (costume, ética social), mas no arcabouço constitucional de garantias de direitos fundamentais. [...] Ele busca tornar estável a expectativa dede condutas, que não podem mais ser compreendidas na linha de Santi Romano como relações sociais complexas anteriores à normalidade objetiva.

processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, R., 2009, p. 86).

Assim, a teoria neoinstitucionalista consegue atacar de modo direto o problema do *poder* em Bülow, segundo o qual se inferia a existência de uma “legitimidade” antecipada do poder jurisdicional, superando-a com o esclarecimento acerca da necessidade de deslocamento da legitimidade decisória para o espaço dialógico estabelecido no processo:

A relação poder e saber sempre foi preocupação dos estudiosos das técnicas de dominação, porque a coerção que caracteriza o poder em suas figurações históricas se reveste de dissimulações várias expressas ora em justiciamentos aplaudidos, ora em sofisticado ocultamento da violência explícita em nome de um treinamento para a paz e uma ciência humana habilmente disciplinarizada que sequer permite aos subjetivizados pelo poder uma rude resistência manifesta na linguagem do corpo atormentado. (LEAL, R., 2002, p. 337).

Neste ponto, a teoria neoinstitucionalista determina a necessidade de uma ligação mais firme do processo com os princípios jurisdicionais e constitucionais de cidadania (soberania popular), na medida em que, para Baracho (1995, p. 54), “a cidadania, para sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do Processo”.

Claro que princípios constitucionais do Processo não são meros princípios procedimentais criados a esmo pela constituição, mas princípios e institutos do Processo constitucionalmente construídos e unificados, que, por suas garantias, teórica e juridicamente paradigmáticas, asseguram o exercício pleno da cidadania como legitimação irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados. (LEAL, R., 2009, p. 37-38).

Com isso, Rosemiro Pereira Leal estabeleceu em sua teoria a cidadania como um direito-garantia fundamental previsto na Constituição, que se viabiliza por meio do processo; afinal de contas, apenas ele permite a amplitude do espaço dialógico de liberdade e igualdade do cidadão perante a figura do Estado na construção e redefinições das instituições jurídicas.

A partir da vigência da CR/88, ao positivar o paradigma de Estado democrático de direito em nome do povo brasileiro (comunidade jurídica), os compromissos de factibilização de um Estado assim constitucionalmente instituído, para realizar a integração social



(sociedade política), na democracia não são garantidos pelo Poder Judiciário (“como último intérprete da constituição”), porque, se assim afirmado, nega-se o princípio discursivo da isonomia em seus conteúdos isegóricos (plenários) de isotopia, isomenia e isocrítica, mediante uma interpretação reducionista (solipsista) da constituição por hermeneutas éticos de última trincheira e depositários de valores comunitaristas desvinculados das estruturas procedimentais do devido processo constitucional. (LEAL, R., 2002, p. 132-133).

Por esta razão é que não pode compreender a teoria neoinstitucionalista do processo senão pela “assimilação de uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania” (LEAL, R., 2009, p. 86).

Por isso é que a conquista teórico-jurídica da cidadania, como condição imprescindível à enunciação do processo constitucional, em perfil de instituição democrática juridicamente concretizada, não poderá decorrer de simples programação (promessa) contida no discurso ordenamental do Estado. Tal conquista se afirmaria na contrafactualidade jurídica constitucionalmente assegurada (interpretação “ao pé da letra”) do direito amplo de se contrapor a qualquer realidade hostil às garantias constitucionais. (LEAL, R., 2009, p. 87).

Como fundamento dessa legitimidade, verificar-se-á a contribuição que o pensamento popperiano emprestou à construção da ideia do processo como elemento fundamental para o desenvolvimento democrático do direito em todas as suas perspectivas.

#### **4.1 A teoria neoinstitucionalista do processo e a objetividade popperiana**

Antes de explorar com mais atenção a relação entre a teoria neoinstitucionalista do processo e a compreensão científica de pesquisa desenvolvida por Karl Raimund Popper, é importante compreender que aquela teoria busca romper não só com a subjetividade pressuposta na relação jurídica processual, mas também com aquela presente na própria construção dos textos normativos, ressaltando que seria inócua atacar a postura decisionista judicial se não forem superados também aos problemas identificados na arbitrariedade existente na atividade legislativa.

A teoria neoinstitucionalista, conforme salientado, reforça a necessidade de que se busque a transformação da sociedade jurídica-política a partir da ampliação do campo discursivo do processo democrático:

A expressão Estado Democrático é que, no contexto das cogitações feitas, não pode mais significar instituição inesclarecida e agente fantasmal de direitos legislados ou adotados numa ordem jurídica qualquer, sequer pode esse Estado se jactar como recinto axiológico de uma decidibilidade governista, administrativa e judiciária, comprometida com uma pauta de valores não juridificados e não processualmente dada à fiscalidade irrestrita.

No direito democrático, o que primeiro se impõe é a despersonalização do Estado (*disregard doctrine*) para tornar visíveis as individualidades componentes da Administração Governativa em todos os seguimentos da Comunidade Jurídica cuja proposta constitucional é sua transformação em Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos no espaço processual (Estado Democrático) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei. (LEAL, R., 2002, p. 337).

Karl Raimund Popper (1993) fornece, em seu estudo acerca da pesquisa científica, critérios de objetividade que podem ser aproveitados para pensar em como estruturar o pensamento jurídico em bases democráticas a partir da compreensão do processo na perspectiva da teoria neoinstitucionalista.

Popper, ao questionar a racionalidade epistemológica, atacou o método indutivo de construção do pensamento científico por verificar a ignorância dos indutivistas com relação ao fato de que a ciência não calça o conhecimento a partir da experiência, na medida em que esta será sempre construída (OLIVA, 1995, p. 107).

Os enunciados de resultados experimentais são sempre interpretações dos fatos observados, razão pela qual se torna ilusoriamente fácil encontrar verificações para uma teoria e por que devemos adotar uma atitude crítica volta para a tentativa de refutar nossas teorias se não quisermos raciocínio em círculos. (ALMEIDA, 2005, p. 24)

O autor também critica os dedutivistas, chamando-os de ingênuos, por acreditarem que os enunciados universais formulados por eles possam ser verificados pelos fatos, tornando-os verdades absolutas. Nesta senda, Alberto Oliva (1995, 106) afirma que “[...] a única resposta (audível) que a natureza costuma dar às nossas teorias é não sabemos apenas quando estamos errados, jamais quando estamos certos”.

Popper afirma que o critério de demarcação que permite identificar como científica determinada teoria é o da falseabilidade, método pelo qual se busca refutá-la por meio da crítica racional:

[...] Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação não a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico. (1993, p. 42).

Portanto, a teoria, para ser tida como científica, racional e objetiva, deve ter a possibilidade de ser submetida à crítica fundada em argumentos objetivos e não valorativos ou subjetivos, ou seja, ela deve ser apta a ser objeto de questionamentos que visem refutá-la.

Para Popper, conforme se nota, a racionalidade de determinado enunciado se encontra na capacidade que ele possui de resistir à crítica calcada em argumentos objetivos (ou até mesmo de ser apenas passível de ser falseada), o que significa dizer que a mera possibilidade de ser “atacada” objetivamente já lhe confere o *status* de racional ou científica.

Assim, o critério de demarcação científica ou a racionalidade científica consiste no princípio universal da crítica. Em outras palavras, as teorias, para terem validade científica, têm que se oferecer incessantemente à crítica do mundo da realidade fenomênica, tensionador da mente individual e de suas retrocargas recíprocas. A irrefutabilidade de uma teoria lhe impede de aspirar ao *status* de científica. Não há como reputar científicas teorias impermeáveis a argumentos críticos. (ALMEIDA, 2005, p. 26).

Popper define a objetividade como a possibilidade de justificação que independa “de capricho pessoal” (1993, p. 46), já que se deve permitir que esta justificação seja colocada à prova e que seja compreendida pela comunidade que a estuda. Em suma, o autor entende que a objetividade reside na possibilidade de um enunciado ser intersubjetivamente submetido a teste.

Rosemiro Pereira Leal, ao afirmar que a ciência “se expressa pela dialetização do pensamento técnico-abstrato mediante o apontamento críticos de ausência de realidades ou existência de contradições relevantes na lógica do discurso do fazer e do conhecer” (2009, p. 44), estabelece o fundamento

popperiano calçado na crítica objetiva como o substrato teórico de seus estudos, conforme se verifica pela seguinte passagem de sua obra:

[...] A crítica, como veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento científico, é que, ao associar o pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação intelectual, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico, acrescenta-se a si mesma a imposição de analisar as conclusões do discurso da ciência em planos de maior infinitude possível em confronto com os conhecimentos já selecionados e acumulados pela atividade científica.

Portanto, a ciência sem crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria a força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é a atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos. Popper arremata que *“embora não possamos justificar nossas teorias racionalmente e não possamos, nem mesmo, provas que são prováveis, podemos criticá-las racionalmente. E podemos, constantemente, distingui-las de teorias piores”*. (2009, p. 45, grifos no original).

No campo do debate democrático, Popper assevera que a democracia nada mais é do que uma proposta para a resolução do que o autor denomina de paradoxo da liberdade em favor do estabelecimento de limites das liberdades individuais em prol de uma harmonia e pacificidade no convívio social (1998a, p. 289).

Para ele, o intervencionismo estatal possui como principal característica a ausência de limites à proteção de liberdade supracitada, em que se objetiva "isonomia entre os indivíduos pela impossibilidade da intimidação dos fracos pelos fortes" (POPPER, 1998a, p. 130).

[...] O intervencionismo é, portanto, extremamente perigoso. Isso não é argumento decisivo contra ele; o poder do estado deve sempre permanecer um mal perigoso, ainda que necessário. Mas é uma advertência de que, se relaxarmos nossa vigilância, se não fortalecermos nossas instituições democráticas ao mesmo tempo que dermos maior poder ao estado através de “planejamento” intervencionista, então poderemos perder nossa liberdade. (POPPER, 1998b, p. 137).

Popper afirma que os cidadãos têm o dever de obedecer à lei em razão de uma compreensão teórica fundada na legitimidade e não aquela construída por atos de coação, como defenderam alguns positivistas.<sup>4</sup> A educação popular na construção de um campo livre que proporcione o compartilhamento ampliado da

---

<sup>4</sup> Para a temática, sugere-se a leitura do capítulo “A definição do Direito em função da coação” em Bobbio (2006).

vida social tem a aptidão de concretizar no plano fático a legitimidade democrática.

Ao contrário da sociedade fechada,<sup>5</sup> que é definida pela dominação de seus cidadãos por classes governantes, a sociedade aberta é composta por instituições sociais com metas delineadas basicamente na busca consciente dos interesses pessoais e coletivos, compreendendo o cidadão como condutor de seu destino e responsável por se construir perante o outro.

Embora Popper não tenha se debruçado sobre o problema dos enunciados jurídico-normativos, sua proposta pode ser aproveitada e reconstruída pela ciência do Direito, tal como se fez pela teoria neoinstitucionalista do processo. Segundo seu autor, Rosemiro Pereira Leal,

A instituição constitucionalizada do **processo**, por sua eidética principiológica, há de ser referencial de decibilidade desde a criação da lei até sua incidência, aplicação, extinção e transformação. A **teoria neoinstitucionalista do processo** é uma **teoria** da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito. Essa **teoria** torna o sistema jurídico uma instância de problematização dos enunciados resolutivos dos conflitos acessíveis a todos. (LEAL, R., 2009, p. 90).

Rosemiro Leal destaca, a partir deste ponto, a flagrante e inequívoca necessidade da testabilidade do tecido normativo, destacando o fato de que inexistente juridicidade em espaço exterior ao da processualidade democrática, ao afirmar que, “na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual” (LEAL, R., 2002, p. 39).

Importante contribuição neste ponto é dada por Dhenis Cruz Madeira (2008, p. 28-29), ao visualizar que a presença de um texto constitucional autoriza o acesso da crítica objetiva, viabilizando o estabelecimento do discurso jurídico. Afirma o autor que “a escrituração de uma Constituição é o ponto de partida do discurso normativo, delineando alguns conceitos básicos (falseáveis e abertos à

---

<sup>5</sup> “Uma sociedade fechada, no seu aspecto mais completo, pode ser justamente comparada a um organismo. A chamada teoria orgânica ou biológica do estado pode ser-lhe aplicada em considerável extensão. Uma sociedade fechada se assemelha a uma horda ou tribo por ser uma unidade semi-orgânica cujos membros são mantidos juntos por laços semi-orgânicos – parentesco, coabitação, participação dos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns. [...]” (POPPER, 1998a, p. 188-189).

crítica) que podem, inclusive, ser rejeitados por meio do discurso processualizado” (2008, p. 29).

Andréa Alves de Almeida reforça ainda mais o relevante aspecto de contribuição das ideias popperianas para o Direito, em especial para a teoria neoinstitucionalista do processo:

Assim, Popper vem sinalizando a necessidade de uma teoria que estabilize a democracia numa órbita de discursividade reconstrutiva incessante, o que constitui o grande mérito alcançado pela teoria neoinstitucionalista, que teoriza o devido processo constitucional (isonomia, contraditório e ampla defesa) como instituição regencial do procedimento que prepara a decisão [...]. (2005, p. 29).

A partir do entretecimento das ideias de Popper e a teoria neoinstitucionalista, permitiu-se estabelecer uma compreensão de que o processo deve ter a aptidão para criar um espaço para o desenvolvimento do discurso democrático, na medida em que a construção do provimento será calçada em bases passíveis de serem criticadas objetivamente pelos envolvidos no procedimento.

Deste modo, introduz-se o fundamento básico para que a decisão judicial seja tida como legítima sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que o estabelecimento do discurso validará a participação do destinatário durante todo o desenvolvimento do procedimento judicial, permitindo que a fiscalidade popular exerça o poder que lhe é conferido pelo próprio texto constitucional.

## **4.2 Normas e valores: a incompatibilidade revelada**

Antes de aprofundar na questão relativa à legitimidade da decisão judicial no âmbito da teoria democrática fundada no discurso, é importante demonstrar uma incoerência teórica que revela a flagrante inconsistência das cláusulas gerais na perspectiva neoinstitucionalista.

Conforme salientado no capítulo 2 deste trabalho, Rosenvald (2005) definiu as cláusulas gerais como sendo normas descritivas de valores, estabelecendo,

desta forma, uma ligação de complementariedade entre a norma e os valores que não resiste a uma leitura crítica mais aguçada.

Pierre Livet, já no início de sua obra, estabelece a premissa fundamental para se visualizar a distinção entre norma e valor ao afirmar que “as normas parecem se distinguir dos valores porque toda norma implica uma forma de obrigação” (2009, p. 13). Sua posição revela que a norma é responsável por imputar imperativos, enquanto os valores têm aptidão de revelar apreciações.

Com efeito, o raciocínio desenvolvido pelo autor francês permite atingir a conclusão de que a construção teórica que alicerça estes fenômenos carregam elementos que os distanciam, diferentemente do que se apresenta na compreensão da doutrina acerca das cláusulas gerais.

Neste ponto, Livet assevera que:

Uma norma pode me ser imposta pela minha comunidade, que considera que essa norma se impõe a mim e me obriga, mas enquanto eu não me considero a mim mesmo obrigado por essa norma, posso negar-lhe o valor. Parece, portanto, que o tipo de obrigação que pode ser ligado às normas não são necessariamente idênticos. Em suma, as normas me impõem uma obrigação social que não exige que eu me considere a mim mesmo obrigado, e, portanto, que eu me obrigue a mim mesmo, mas somente que eu esteja sob a imposição de uma obrigação, ao passo que os valores exigem, para me obrigar, uma auto-obrigação. (2009, p. 15).

Para embasar sua teoria acerca do estudo das normas, metodologicamente Pierre Livet elenca, primeiramente, uma série de critérios para distinguir as normas dos valores, para depois discutir cada um desses critérios.

Para o desenvolvimento desta pesquisa e sem que seja perdido o foco central do trabalho, não iremos lançar o olhar para todas as distinções estabelecidas por Livet, restringindo-nos apenas àqueles que reputamos mais importantes e que possuem a capacidade para justificar a entendimento que será desenvolvido na sequência.

O primeiro critério elencado por ele diz respeito ao fato de que a norma detém enunciados de caráter deontológico, enquanto os valores possuem enunciados de caráter avaliativo. Aduz Livet que a norma se refere àquilo que é um dever ou uma obrigação; os valores, por sua vez, se formatam a partir de expressões qualificativas apreciativas ou depreciativas (2009, p. 16).

Seguindo em uma análise voltada para ao aspecto relativo aos enunciados, a obra de Livet afirma que os juízos valorativos comportam graus, sendo autorizado dizer que determinada situação é mais ou menos aceita. Já as normas não oferecem essa graduação, sendo construídas numa perspectiva de obrigatoriedade, autorizando-se somente um questionamento acerca de sua validade.

Pierre Livet evidencia que os predicados<sup>6</sup> relacionados aos enunciados normativos são considerados estreitos, sendo aqueles afetos aos valores tidos como amplos. Significa dizer que as normas não dependem do contexto para serem interpretadas, sendo esta uma necessidade apenas na aplicação dos valores, podendo-se afirmar que “as normas supõem que o seu contexto de aplicação seja já considerado definido” (2009, p. 17).

Dois pontos relevantes que merecem especial atenção dizem respeito à diferença de direção de ajuste e na suscetibilidade ou não de verdade ou falsidade.

Com relação ao primeiro ponto, Livet sustenta que:

[...] certos atos de linguagem, como as constatações ou as descrições, implicam que as representações da mente tentem se adaptar ao mundo real; enquanto outros, como as ordens, implicam que as situações do mundo real mudem para se adaptar àquilo que a mente quer [...]. (2009, p. 20).

Deste modo, o autor estabelece a conclusão de que as normas, assim como as ordens, se impõem aos comportamentos humanos, e estes, por sua vez, adequam-se às normas, por fazerem parte do mundo (LIVET, 2009, p. 20).

Em contrapartida, os valores só possuirão validade se se ajustarem à realidade, permitindo-se afirmar que “os valores também nos servem para denunciar a realidade como insatisfatória e para motivar nossa vontade de mudar a realidade” (LIVET, 2009, p. 20).

Com relação ao segundo ponto destacado, Livet aponta para o fato de que a norma, apesar de manter complexas ligações com a verdade, não pode ser questionada com relação à sua veracidade, mas apenas se ela existe naquele

---

<sup>6</sup> O autor define ‘predicado estreito’ como sendo aquele que se aplica sem a necessidade de especificação e descrição do contexto interpretativo, como, por exemplo, o termo “bom” ou “justo”. O predicado denominado amplo, ao revés, se refere àquele em não se pode separar a avaliação que ele implica da descrição do contexto, como acontece com os termos “corajoso” ou “honesto” (LIVET, 2009, p. 16).



determinado sistema jurídico. Por isso o autor assevera que “se for verdade que ela aí existe, então a norma que ela enuncia se aplica àqueles que sejam membros dessa sociedade ou que estejam submetidos a esse direito” (2009, p. 21).

Apontados estes critérios, torna-se viável afirmar que normas e valores refletem conceitos de natureza diversa, não sendo passíveis de aproximação.

Neste ponto, Habermas apresenta contribuição importante para o estudo desenvolvido neste tópico, ao estabelecer uma crítica à autocompreensão metodológica adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão com relação ao controle de constitucionalidade.

Em caráter introdutório da temática, Habermas já estabelece a premissa de que a crítica se direciona a uma “doutrina da ordem de valores, desenvolvida pelo próprio Tribunal” (1997, p. 314).

Deste modo já arremata que a “crítica justificada à jurisprudência de valores dirige-se, muitas vezes de forma brusca, contra as graves conseqüências que resultam do Estado de Direito, sem esclarecer que se trata apenas [...] de conseqüências de uma auto-interpretação falsa”. Habermas, portanto, identifica que a crítica a esta forma de pensamento (julgamento) deve partir do entendimento de que os “direitos não podem ser assimilados aos valores” (1997, p. 315).

Identifica o filósofo alemão que o Tribunal Constitucional Federal compreende a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como uma “ordem concreta de valores”<sup>7</sup> e não como um sistema jurídico concebido a partir de regras e princípios.

A proposta de Robert Alexy, que consiste na ideia de interpretar os princípios compreendendo-os como mandados valorativos de otimização de diferentes graus de intensidade, segundo Habermas, orienta a Corte Constitucional alemã, permitindo o estabelecimento do discurso da “ponderação de valores” entre os juristas e julgadores.

Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais

---

<sup>7</sup> Ao mencionar esta expressão, Habermas faz referência expressa aos pensamentos de Max Scheler e Nicolai Hartmann (1997, p. 315).

princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação voltada para um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos [...]”<sup>8</sup> (HABERMAS, 1997, p. 315).

Assim como Pierre Livet, Habermas também discorre sobre as inúmeras características que diferenciam as normas dos valores, ressaltando a incompatibilidade na semelhança de aplicação de ambos. O filósofo aponta que estes institutos se diferenciam, primeiramente, por meio das referências afetas ao agir obrigatório ou teleológico. Também a codificação binária ou gradual de pretensão de validade, bem como a questão relativa à obrigatoriedade absoluta ou relativa são expostas como elementos distintivos. Por fim, Habermas revela a diferenciação entre normas e valores calçada nos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer (1997, p. 317).

Parece válido transcrever importante trecho da obra de Habermas que expõe de modo mais detalhado as diferenças mencionadas, com o fito de tornar ainda mais clara a distinção entre normas e valores, bem como para ressaltar a identidade de pensamento estabelecida entre este filósofo e Pierre Livet:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como **preferências compartilhadas intersubjetivamente**. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferências, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que

<sup>8</sup> Habermas cita neste trecho o que entende por concretização, valendo-se do conceito desenvolvido por Bockenforde: “Concretização é o preenchimento criativo, apenas conforme a orientação ou ao princípio, de algo determinado, que no mais continua aberto, necessitando da determinação complementadora para se transformar numa norma exequível. Hans Huber já chamou há muito tempo a atenção para o fato de que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais – entendidos como normas de princípio – que resulta de sua universal validade, amplitude e indeterminação, não pode ser confundida com necessidade de interpretação...E é preciso acrescentar, por motivo de clareza, que essa legislação referida a casos, uma vez que surge como interpretação da constituição, atinge o nível de constituição, representando, pois, legislação constitucional” (1991, p. 186).

deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade nos mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões (1997, p. 316-317, grifos nossos).

Fundamentado nesta forma de pensar, Habermas levanta a discussão acerca de como deve o indivíduo orientar suas ações concretas nas hipóteses normativas e valorativas, já que a seleção da atitude correta no ambiente normativo parte de um sistema de normas válidas que condicionam/direcionam uma ação boa para todos em igualdade; enquanto no campo dos valores o comportamento adequado primeiramente deverá ser reconhecido naquela determinada cultura, além de representar aquilo que é bom para nós.

Diante disso, foi possível atingir a conclusão de que a assimilação de um discurso com fortes orientações ético-políticas por parte dos indivíduos tem origem em uma “jurisprudência constitucional orientada por valores”, que possui o condão de tomar para si o papel de apreender o texto constitucional original, atualizado de modo criativo pelo decisor. Por esta razão é que Habermas afirma que Perry<sup>9</sup> “vê o juiz constitucional no papel de um professor profético que procura garantir a continuidade de uma tradição constitutiva para a vida da comunidade, interpretando a palavra divina dos fundadores” (1997, p. 320).

Apoiando-se em Maus e Bockenforde, Habermas assevera que, neste contexto, apresenta-se a necessidade de que a doutrina passe a questionar e levantar de modo mais aberto a questão relativa ao problema da legitimidade decisória, na medida em que “ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente” (HABERMAS, 1997, p. 320).

Com efeito, nasce aí a constatação de que a adoção, por parte dos julgadores, do entendimento de que o ordenamento jurídico nada mais é do que uma ordem concreta de valores, estabelece um déficit de legitimidade

---

<sup>9</sup> Habermas referencia sua observação em PERRY, M.J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988.

democrática insuperável, tendo em vista que argumentos funcionais, oriundos de juízos irracionais, irão sobrepor-se aos enunciados normativos.

A partir desta compreensão teórica relativa à distinção entre normas e valores, será possível, no tópico seguinte, explorar com mais detalhes como se encontra o debate voltado à legitimidade decisória no Estado Democrático de Direito, constituindo, tal análise, elemento fundamental deste trabalho.

### **4.3 A legitimidade da decisão judicial no campo da teoria discursiva da democracia a partir da teoria neoinstitucionalista do processo**

As teorias do processo desenvolvidas anteriormente à teoria neoinstitucionalista, quando confrontadas com esta, não conseguem alinhar suas ideias ao discurso democrático desenvolvido por Habermas, na medida em que admitem “uma modalidade estratégico-instrumental-metodológica de produção e aplicação do direito, contemplando a tópica e a retórica”, em que se estabelece o desvio “das aporias da linguagem, tornando a decisão compulsória” (ALMEIDA, 2005, p. 74).

A produção e aplicação do direito na perspectiva formalista irreducionista<sup>10</sup> torna inviáveis a aplicação e o reconhecimento do princípio democrático na construção da atividade decisória, na medida em que não há a preocupação de conjugar os princípios processuais com o princípio do discurso.

Andréa Alves de Almeida recorre a Habermas<sup>11</sup> para afirmar que:

O princípio jurídico da democracia consiste numa teoria que equivale à processualização do princípio do discurso e que garante um espaço

---

<sup>10</sup> “[...] O formalismo jurídico irreducionista, de ontem e hoje, com suas escolas, no campo do direito processual, como veremos, de Bulow, Chiovenda, Carnelutti e de Calamandrei a Liebman, e sua multidão de seguidores, é ainda uma máscara útil e valiosa ao ocultamento de uma realidade sócio-econômico-jurídica que, ao invés de ser esclarecida pela Ciência Jurídica, é descrita, hermetizada, sacralizada (hipostasiada) por uma lógica sistêmica conservadora dos privilégios jurídicos, historicamente representados pelos grupos dominantes e contidos nas leis, nas sentenças, na jurisprudência e nas suas teorias jurídicas a serviço de interesses nitidamente mercantilistas, corporativistas, egoísticos, pedagógicos, doutrinários e proselitistas, em regime a-histórico e alienante, aceitando a exclusão social de mais de dois terços da população planetária como fato não pretendido pela estrutura ultracapitalista mundial” (LEAL, R., 2009, p. 29-30).

<sup>11</sup> Habermas preconiza que o princípio democrático é resultado da conexão existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica (1997, v. 1, p. 158).

discursivo isonômico de defesa (argumentos) irrestrita (ampla defesa) e do contraditório para produção, aplicação e fiscalização incessante da constitucionalidade (constituições). (ALMEIDA, 2005, p. 75).

Desta forma, no ambiente do Estado Democrático de Direito é fundamental refletir em torno da legitimidade da decisão jurídica, a qual se encontra calçada, para a perspectiva assumida neste trabalho, no respeito ao devido processo legal, na medida em que a viabilização da construção democrática pela sociedade se dá no plano do espaço discursivo (autorizativo da testabilidade) estabelecido pelo processo.

Ao contrário das exigentes condições de exercício da democracia nessa perspectiva do Estado Democrático, a teoria bülowiana de processo, bem como aquelas desenvolvidas por seus seguidores, apenas se preocupou com o “aperfeiçoamento de técnicas de reforço do poder estatal, sem, no entanto, empreender qualquer reflexão sobre os marcos (democráticos) de legitimação do direito” (LEAL, A., 2008, p. 130).

Conforme se verificou no capítulo anterior, o equívoco central de teoria do processo como relação jurídica, que acabou influenciando todos os autores que buscaram superá-la, diz respeito à compreensão conceitual de jurisdição como atividade do juiz, determinando, por via de consequência, o processo como mero instrumento a serviço dela.

Todavia, conforme se verá neste tópico, a perspectiva democrática exigiu dos processualistas uma profunda reestruturação teórica da jurisdição, estabelecendo sua adequação aos preceitos legitimadores deste paradigma.

Assim, a teoria discursiva de Habermas (1997) serviu de fundamento para a compatibilização da ideia de jurisdição com o cenário jurídico-democrático.

Habermas, inicialmente, identificou que o rompimento com a ideia de razão prática kantiana e com a racionalidade instrumental weberiana seria passo fundamental para o desenvolvimento de uma leitura do direito compatível com as necessidades das sociedades secularizadas.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Habermas aponta no sentido de que a busca pela legitimidade do direito, de início, firmou pés na essência do sujeito, sendo que este, considerado de modo isolado, teria a aptidão para encontrar em si a fonte originária da normatividade de lei. “Se o sujeito era capaz de encontrar em si mesmo os mandamentos últimos à instituição da liberdade (nas premissas kantianas, a liberdade atrela-se a determinações morais verificáveis solipsisticamente), caberia ao direito apenas formalizar e externalizar esses conteúdos de normatividade comuns a todo e qualquer

Com isso, Habermas afirmou a necessidade de que se realizasse a substituição da razão prática pela razão comunicativa, a qual incentivaria o entendimento intersubjetivo a partir da linguagem sobre algo no mundo, transferindo para o discurso o fundamento de legitimidade do direito.

Nas sociedades modernas, então, o Direito só cumpre a sua função de estabilizar expectativas de comportamento se preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto, ou seja, através de processos em que as questões acerca do que seja justo para todos (as morais), do que seja bom para eles enquanto unidade concreta (as éticas) e acerca de quais políticas devem ser implementadas para tanto (as pragmáticas), devem ser respondidas da melhor maneira, ainda que sujeitas a diversas interpretações históricas. (OLIVEIRA, 2002, p. 51).

Nota-se, portanto, que a legitimidade do direito se desgarrar dos aspectos morais pré-estabelecidos no sujeito para se alocar no discurso (procedimento) estabelecido pela linguagem.

André Leal conclui que:

A forma de tornar possível a legitimidade permanente do direito se dará mediante a institucionalização jurídica das condições para a ação comunicativa (ou, como quer Habermas, as condições pragmáticas do discurso), ou seja, através do estabelecimento de normas jurídicas por via das quais se permita uma constante participação dos destinatários das normas na produção normativa, afastando, assim, a contingência de decisões arbitrárias ou que determinem o retorno continuado à *autopoiesis*. (2008, p. 146).

Rosemiro Pereira Leal<sup>13</sup> foi o autor quem conseguiu evidenciar de modo mais claro como se deve efetivar a transposição do princípio do discurso para o paradigma do direito democrático, iniciando seu raciocínio a partir da identificação de que a “igualmente interpretativa é isotópica (espacial), mas cognitivamente assimétrica” (LEAL R., 2010, p. 271).

O autor identificou, primeiramente, a necessidade de que se compreenda a larga distinção entre discurso e texto para que seja possível assimilar os conceitos de isotopia, isomenia e isocrítica, orientadores do direito democrático.

---

sujeito dotado de razão. A organização política e social deveria, assim, simplesmente espelhar os conteúdos morais já presentes na razão humana” (LEAL, A., 2008, p. 143).

<sup>13</sup> O autor compreende o devido processo legal como o “referente lógico-jurídico (interpretante) a balizar os limites hermenêuticos de um sistema jurídico de ‘Estado Democrático de Direito’ em concepções de uma sociedade aberta [...]” (LEAL R., 2010, p. 271)

Para tanto, escorou-se na teoria do interpretante desenvolvida pelo professor e linguista Edward Lopes.

A partir da referida teoria, Rosemiro Leal aponta para o fato de que a linguística contemporânea foi a responsável por promover uma guinada “ao preconizar a decodificação do sentido do discurso a partir de um código que se presta à própria definição do discurso e não mais a partir das ‘multissignificações’ de sentidos advindas da mente do locador e sublocador do discurso” (2010, P. 274).

Deste modo, estabeleceu-se a premissa de que esta decodificação do discurso tem a aptidão de fazer migrar sua essência do texto lavrados pelos decisores (julgadores) para o espaço “intradiscursivo” construído pela constitucionalidade democrática.

Ao trazermos a lúcida e criativa contribuição do professor Edward Lopes com sua “teoria do interpretante” que substitui a “variável” da declaração do sentido do discurso engastada no “sujeito da enunciação” (locador-locadotário do discurso) pela “variável” dos “códigos sociais” de sentido como “bens coletivos” a dessujeitizarem a linguagem, percebe-se que a intenção do lingüista foi eliminar a plurissignificação de textos, originária do mentalismo do locador-interpretante do discurso, a fim de estabelecer um “nível heterodiscursivo” como fonte de sentidos coletivamente construída. (LEAL, R. 2010, p. 274/275)

A institucionalização jurídica do princípio discursivo no ambiente democrático se dá, portanto, a partir principiologia constitucional do processo, conforme afirmado pela teoria neoinstitucionalista, compreendido este como “instituição pública constitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos”, em que se exige o respeito aos princípios da ampla defesa, contraditório e direito ao advogado e isonomia (LEAL, R., 2009, p. 67).

Inferese-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes), resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade. (LEAL, R., 2009, p. 86).

Resta evidenciado, portanto, que no paradigma do Estado Democrático não há que se falar em legitimidade do direito fora do campo da articulação argumentativa das partes, visto que a hermenêutica desenvolvida no processo é compreendida como “exercício democrático de discussão horizontal de direito pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença)” (LEAL, R., 2009, p. 57).

A instituição constitucionalizada do Estado democrático de direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, haja vista que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principlológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente. (LEAL, R., 2002, p. 31).

Em conformidade com as ideias desenvolvidas nesta pesquisa, Rosemiro Leal conclui:

Por isso é que empreendemos nesse ensaio este último capítulo sobre a teoria do discurso jurídico que, a meu juízo, deveria substituir as velhas e dogmáticas disciplinas da teoria da constituição e da hermenêutica jurídica, porquanto a teoria da lei democrática instituinte do *status* democrático de direito, como espacialidade da incidência legal, remete-nos originariamente à linguística intradiscursiva da constitucionalização da normatividade, não podendo uma generalizante teoria da “constituição” preceder, como obra parlamentar, o estudo dos institutos lingüísticos do texto e do discurso como formativos, na base instituinte da lei jurídica, dos suportes teóricos sobre os quais deve recair a fundamentação das decisões. Portanto, não basta dizer que são inconstituicionais as decisões não fundamentadas, mas o importante na concepção democrática do Direito aqui desenvolvido é saber quais os suportes discursivos que devem amparar a fundamentação decisória nas democracias, porque, nas autocracias (tirantias) disfarçadas ou não em rótulos da velha retórica do liberalismo, republicanismo e das monarquias parlamentares ditas democráticas, é possível sempre “justificar” pragmaticamente as decisões conforme as leis fundantes das justificações em moldes a não explicitarem a teoria egressa dos suportes discursivos (discussivos) que propiciem a distinção entre uma comunidade linguístico-jurídica como autora de um projeto co-institucional de uma sociedade aberta e um povo icônico (sociedade fictícia) como mero consumidor direito. (LEAL, R. 2010, p. 280)



Deste modo, conforme esclarece Dhenis Madeira, após explicar a ideia de Friedrich Muller no que toca ao ciclo de atos de legitimação,<sup>14</sup> “admitir que o povo eleja seus representantes e, após tal eleição, proibir a fiscalização popular das atividades governativas seria, quando nada, desrespeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito” (2008, p. 22).

Verifica-se, a partir do raciocínio desenvolvido pelo prof. Dhenis Madeira, que é insuficiente o entendimento de que a democracia se esgota na oportunidade que têm os cidadãos de escolher seus representantes políticos. Segundo se conclui, este povo que elege também deve ter o espaço e os instrumentos capazes de lhe permitir “recriar, afirmar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente” (MADEIRA, 2008, p. 21).

Não basta, pois, elegerem-se (ainda que com o sufrágio universal) parlamentares, permitindo que esses, sozinhos, ditem a vontade popular. É preciso, no paradigma democrático, conferir ao destinatário a oportunidade de discutir os fundamentos da norma jurídica para, até mesmo, se for o caso, rejeitá-la. O entendimento do que venha a ser justo, injusto, certo ou errado, deve ser compartilhado, e não, imposto. (MADEIRA, 2008, p. 24).

Esta forma de compreender a democracia é fundamental para transmitir a ideia de que no paradigma do Direito Democrático o povo não vai às urnas para levar ao poder político um “intérprete da consciência popular” (MADEIRA, 2008, p. 23), tal como se realizada pelo *Führer* nazista.

Só se pode falar em ambiente verdadeiramente democrático se esse povo, do qual emana todo o poder, segundo o texto constitucional, também puder participar da construção do direito, lhe autorizando, para tanto, exercer seu dever de fiscalidade. Aduz Dhenis Madeira, com acerto, que na democracia não se pode admitir a existência de um “espaço do soberano” (2008, p. 23).

Mais uma vez valendo-nos das lições de Dhenis Madeira, evidencia-se necessário destacar que:

No Direito Democrático, o povo, enquanto ente participativo e fiscalizador, aparece como centro gravitacional do pensar jurídico, sendo uma “instância global da atribuição de legitimidade democrática”, tal como bem afirmou Friedrich Muller. Assim, o texto constitucional se apresenta como depositário de instituições, institutos e princípios

---

<sup>14</sup> Cf. em MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 60.

jurídicos-populares, valendo lembrar, insistentemente, que todo poder emana do povo, e que esse, por sua vez, não precisa de guias. (2008, p. 28).

Andréa Alves de Almeida também reforça a necessidade de que a legitimidade do direito se desgarre da coação para se alocar na participação efetiva popular:

No Estado de Direito Democrático, a norma somente é legítima quando se oferece à fiscalidade processual ampla (irrestrita). Por isso se afirma que no paradigma democrático a legitimidade normativa é *a posteriori*. A legitimidade das normas criadas pelo legislador é apenas relativa. O direito nas sociedades jurídico-político-democráticas somente se torna efetivamente (concretamente) legítimo quando a norma abstrata, diante de um caso concreto, se oferece (retorna) à processualidade jurídica para a sua discursividade. Nessas condições, os destinatários das decisões poderão ser também co-autores, e a força do direito poderá não estar na coação do Estado, mas na participação dos destinatários na criação, aplicação e fiscalização dos provimentos estatais. (2005, p. 97).

A partir da compreensão democrática do processo como instituição pública constitucionalizada, chegou-se à definição da jurisdição como a “atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo” (LEAL, R., 2009, p. 41), a qual deve permitir a participação preponderante das partes envolvidas, reconhecendo a aplicabilidade incondicional do contraditório, ampla defesa e isonomia, de modo que os destinatários da norma aplicanda se sintam também como construtores do provimento.

Portanto, cai por terra a compreensão da jurisdição como atividade de um julgador (sujeito) solipsista que utiliza do processo apenas como meio para o exercício desta atividade, visando, tão somente, estabelecer bases “legitimantes” de um provimento distanciado da perspectiva democrática de participação das partes na construção do provimento final.

Assim, o processo como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de direito democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos, ao debate total de fiscalidade de incidência, preservação e aperfeiçoamento de seus próprios princípios, com os quais é promovida a estabilidade legitimadora da atuação provimental em todos os níveis da judicacionalidade. De conseguinte, não é qualquer teoria procedimental que se compatibiliza com a teoria do direito democrático, mas aquela processualmente institucionalizada como referente lógico-jurídico-constitucional (devido processo constitucional) equivalente a uma teoria argumentativa que seja, mediante a instauração judicial de procedimentos (devido processo legal), auto-includente de todos os destinatários da normatividade no âmbito de pleno exercício e confirmação dos direitos fundamentais como agentes de sua própria

integração social. Afasta-se assim uma jurisdição constitucional guardiã e paternal de direitos que se faça pela atividade dos juízes (assembleia de especialistas) que, em nome de uma razão estratégica que entende ilusórios ou decorativos os direitos fundamentais processualmente constitucionalizados, pudessem forjar uma realidade em louvor a uma artificiosa “paz social” sistêmica em nome de todos sustentada por uma jurisprudência de valores topicamente axiomatizada. (LEAL, R., 2002, p. 170-172).

Evidencia-se, neste plano, que, na perspectiva de uma sociedade eminentemente pluralista, não se permite estabelecer uma única interpretação do texto constitucional, conforme afirma Dhenis Madeira (2008, p. 36). Exatamente por esta razão é que a Constituição estabeleceu um meio linguístico autorizativo para a sua própria interpretação e compreensão, qual seja, o processo.

[...] No Direito Democrático, o Processo deixa de ser instrumento da jurisdição, passando, ao revés, a constituir condição *sine qua non* para a legitimidade da própria atividade jurisdicional. Afasta-se, de pronto, a figura da autoridade solipsista e inesclarecidamente sábia, sendo insustentável apontar o Judiciário como o único (ou último) guardião da Constituição. (MADEIRA, 2008, p. 38).

Com o ganho teórico estabelecido a partir da teoria neoinstitucionalista do processo foi possível transportar o critério referencial da jurisdição para o princípio do discurso, permitindo que o provimento possa se oferecer à crítica racional-jurídica, compreendendo-a como um elemento acessível à comunidade do direito, extirpando as possibilidades de acesso aos escopos metajurídicos festejados pelos instrumentalistas.

A leitura democrática do processo, reforçada pelo delineamento teórico neoinstitucionalista, permitiu a melhor demarcação dos fundamentos constitutivos da vontade normativa, a partir da criação de um espaço permissivo do desenvolvimento crítico do discurso jurídico, afastando a legitimidade das figuras dominantes soberanas autocráticas.

## 5 AS CLÁUSULAS GERAIS E A DEMOCRACIA PROCESSUALIZADA: INCOMPOSSIBILIDADE

A leitura do capítulo 2 da presente pesquisa permitiu identificar que as cláusulas gerais são compreendidas pelos autores referenciados como “normas descritivas de valores” (ROSENVALD, 2005, p. 160). A partir desta premissa, os entusiastas dessa técnica normativa concluíram que “elas não pretendem dar respostas a problemas, pois este papel incumbirá paulatinamente à jurisprudência” (ROSENVALD, 2005, p. 160).

Destarte, a inserção das chamadas cláusulas gerais no Direito é entendida por aqueles teóricos como uma maneira de fazer ingressar no modelo normativo os aspectos axiológicos e hermenêuticos contemporâneos, conferindo maior dinamicidade e eficácia social ao direito material e, conseqüentemente, ao processo.

Factível concluir, assim, que as cláusulas gerais oriundas do direito material reforçam o vínculo de sujeição pressuposto na relação jurídica processual estabelecida em Bülow e confirmada pelos instrumentalistas, na medida em que a chamada efetividade normativa será alcançada pelo julgador a partir da interpretação axiológica do direito, visto que ele é o responsável por buscar a melhor adequação deste ao cumprimento dos seus fins.

Confirmando esta visão em que a busca pela suposta “efetividade” do direito deve ser direcionada pelo espírito do julgador, Bedaque afirma que o processo é um mecanismo “dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente” (2006, p. 35). Exatamente por esta razão é que Bedaque reforça, novamente, a necessidade de que reconheçamos “no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma” (2006, p. 45).

Evidentemente, a técnica normativa sob análise nesta pesquisa permite à jurisdição uma abertura maior aos elementos que circundam a comunidade jurídica e ao Direito, permitindo a presença de aspectos relacionados à moral e à ética em seu delinear contemporâneo, sendo possível enxergar um escopo

metajurídico nesta perspectiva, que se localiza naquilo que os instrumentalistas denominam de paz social.

Rosenvald chega a defender que a decisão judicial criadora de direitos “só será persuasiva se permitir a atuação de uma jurisprudência comprometida com as opções valorativas da sociedade” (2005, p. 163), mas em nenhum momento se preocupa em delimitar quais são essas opções valorativas, ou melhor, nem afirmar quais são elas no ambiente jurídico atual das sociedades multiculturais descentradas (OLIVEIRA, 2002).

Caminhando em sua pesquisa, pode-se concluir que Rosenvald encontrou em Nelson Nery Júnior o local onde se encontraria este espaço privilegiado canalizador dos anseios sociais e possibilitador da construção do direito em bases legitimantes voltadas para escopos metajurídicos e arbitrários:

Sendo normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*. Com isso, ainda que, por exemplo, o autor da ação de revisão do contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo a determinada cláusula geral, o juiz pode, de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda que deva assim agir para adequar o contrato. Assim agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário. (NERY JÚNIOR, 2003, p. 417).

Ademais, como visto quando da inserção na análise de legitimidade decisória no Estado Democrático de Direito, o magistrado, ao exercer a função jurisdicional prevista no texto constitucional, não pode fazê-la sozinho, afinal de contas, é fundamental garantir às partes o direito de participar diretamente do procedimento que irá preparar o provimento (OLIVEIRA, 2001, p. 153-154).

Admitir as palavras de Nelson Nery Júnior como válidas seria distorcer o ideal democrático do processo, remontando aos preceitos de Bülow e sua relação jurídica processual.

Com base nestas considerações iniciais, será demonstrada em seguida a influência exercida pelas cláusulas gerais oriundas do direito material na seara do processo, para que, logo após, se possa confrontar esta técnica de construção normativa com a perspectiva democrática, revelando sua incompatibilidade com teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Pereira Leal a partir do déficit de legitimidade que ensejará no provimento jurisdicional.

## 5.1 Influências das cláusulas gerais no Direito Processual

Primeiramente, conforme ressaltado no início da pesquisa (v. item 2.4), será realizada a análise da influência das cláusulas gerais no Direito Processual a partir da aplicabilidade jurisprudencial da norma insculpida no art. 421<sup>1</sup> do Código Civil brasileiro, em que se traz para o ordenamento jurídico o valor (princípio) da função social do contrato.<sup>2</sup>

O STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.272.995 - RS (2011/0197420-7),<sup>3</sup> cuja relatoria ficou a cargo do Min. Napoleão

---

<sup>1</sup> “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL, 2002).

<sup>2</sup> Válido destacar que esta pesquisa não pretende investigar o conceito de função social do contrato nem mergulhar nas correntes doutrinárias que discutem o assunto, na medida em que escaparia ao seu propósito.

<sup>3</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISAO PROFERIDA SINGULARMENTE PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. ENSINO SUPERIOR. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. FINALIDADE SOCIAL. EXEGESE PECULIAR DAS SUAS DISPOSIÇÕES. MULTA CONTRATUAL DE 10% NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO. PERCENTUAL DEMASIADAMENTE ONEROSO. EXCESSO. POSIÇÃO DOMINANTE. INFRINGÊNCIA DE REGRAS PADRONIZADAS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES DE CRÉDITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1.Nos termos do art. 557, é facultado ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Assim, atendida uma das condições previstas, pode o julgador negar seguimento ao recurso, em apreço à celeridade dos julgamentos e ao princípio da efetividade do processo. 2.Ademais, eventual impropriedade processual da decisão monocrática fica superada, uma vez instado o órgão colegiado a se pronunciar em sede de Agravo Regimental. 3.O Contrato de Crédito Educativo, dada a elevada finalidade nitidamente social da sua instituição, não deve ser interpretado sem levar-se em conta a sua especificidade, como se fosse uma relação financeira comum, por isso que a sua compreensão assimila as regras que servem de padrão ao sistema de proteção ao equilíbrio das relações de crédito, em proveito da preservação de sua teleologia. 4.Embora a jurisprudência desta Corte Superior seja no sentido da não-aplicação do CDC aos Contratos de Crédito Educativo, não se deve olvidar a ideologia do Código Consumerista consubstanciada no equilíbrio da relação contratual, partindo-se da premissa da maior vulnerabilidade de uma das partes. O CDC, mesmo não regendo diretamente a espécie sob exame, projeta luz na sua compreensão. Neste caso, o CDC foi referido apenas como ilustração da orientação jurídica moderna, que valoriza o equilíbrio entre as partes da relação contratual, porquanto essa diretriz está posta hoje em dia, no próprio Código Civil. 5.Vale dar destaque as normas insertas nos arts. 421 e 422 do CC, as quais tratam, respectivamente, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A função social apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria contratual. É um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1º. da CF), deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro. 6.Da mesma forma, a conduta das partes contratantes deve ser fundada na boa-fé objetiva, que, independentemente do subjetivismo do agente, as partes contratuais devem agir conforme o modelo de conduta social, geralmente aceito (consenso social), sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante. 7.Tratando-se no caso dos autos de Contrato de Crédito Educativo e levando-se em conta a elevada finalidade social da sua

Nunes Maia Filho, aplicou o princípio da função social do contrato previsto na cláusula geral supracitada para reduzir de 10% (dez por cento) para 02% (dois por cento) o valor da multa por inadimplemento em contrato de crédito educativo.

No julgado, o relator afirmou que “a liberdade de contratar está limitada, não podendo contrariar os preceitos de ordem pública, que vedam a convenção entre as partes que seja contrária aos bons costumes, preceitos que fixam os interesses da coletividade”. Prosseguiu ainda dizendo que “nessa diretriz, expressivas inovações apresentadas são paradigmas de uma teoria contratual concentrada na finalidade social atenta ao perfazimento de noções programáticas de justiça e de utilidade, com efetividade no adequado e correto equilíbrio das relações contratuais, em perspectiva da equivalência das prestações, de razoabilidade indiscutível”.

Infere-se que a interpretação da cláusula geral da função social do contrato realizada pelo julgador se calçou em valores estranhos ao ordenamento jurídico, tais como utilidade e justiça, para tentar definir, a partir do caso concreto, quais eram os interesses da sociedade (coletividade) com relação àquele contrato.

É possível identificar neste julgamento que o papel de harmonizar as expectativas sociais para a concretização de um interesse supostamente compartilhado pela comunidade encontra-se nas mãos de um sujeito (juiz).

Todavia, o problema que se revela a partir da análise empreendida é de que a sociedade contemporânea não é uma massa homogênea capaz de ser compreendida por indivíduo revestido do “poder” jurisdicional a partir de uma leitura reta dos interesses revelados nas relações intersubjetivas.

Andréa Alves de Almeida acentua que esta forma de compreender o direito pressupõe a existência de “relações sociais como se fossem dotadas de uma consciência social e homogênea de leis intrínsecas para comandar a conduta dos homens” (2005, p. 98).

Fica ainda mais evidente esta compreensão jurisprudencial da cláusula geral que veicula função social do contrato no julgamento do Recurso Especial n. 911.802/RS,<sup>4</sup> de relatoria do eminente Ministro José Delgado, em que se afirmou

---

instituição, mostra-se desarrazoada uma multa contratual no valor de 10%. 8.Agravo Regimental desprovido.

<sup>4</sup> ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. ILEGALIDADE. AQUISIÇÃO DE FRANQUIA DE PULSOS. IMPOSIÇÃO DE

LIMITES QUANTITATIVOS SEM JUSTA CAUSA. VIOLAÇÃO DO ART. 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VANTAGEM EXAGERADA. OFENSA AO ART. 51, 1º, I, DO CDC E AOS ARTS. 2º, I, E 3º, III, DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO AMPLO ACESSO AOS SERVIÇOS, DA GARANTIA DE TARIFAS E PREÇOS RAZOÁVEIS E DA VEDAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA E DESEQUILÍBRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL. ART. 51, 1º, II E III, DO CDC. 1. A cobrança de assinatura básica mensal nos contratos de telefonia fixa residencial deve ser analisada à luz de seis princípios fundamentais, todos referidos expressamente na LGT - Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97): a) o da função social da propriedade, da empresa e do contrato; b) o da defesa do consumidor; c) o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; d) o da redução das desigualdades sociais; e) o da modicidade das tarifas e preços; e f) o da vedação de discriminação. 2. A idéia bifurcada de *justiça* e de *solidariedade* (art. 3º, I, da CF) espalha-se pelo ordenamento jurídico brasileiro e lhe serve de fundação mais profunda, colocando-se na origem dos princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição), da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil) e da função social do serviço de interesse coletivo (art. 127, VIII, da LGT). 3. No contrato sobretudo nas redes de contrato e, com maior vigor, nos contratos de prestação de serviços públicos -, por trás de cada contratante individual encontra-se um pressuposto da solidariedade e da justiça, verdadeira barreira de defesa do contratante débil diante de abusos dos atores econômicos. 4. Ao Judiciário incumbe zelar por essa área resguardada, a qual se pode denominar de *zona intocável da solidariedade e da justiça*, que, como paradigma de controle judicial dos contratos, aplica-se com maior razão aos contratos de telefonia e às suas cláusulas, em decorrência do volumoso e incontestável conteúdo público dessas avenças, manifestação da sociedade de informação em que vivemos. 5. A telefonia fixa residencial é típico contrato de consumo, na forma estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor: há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, 2º). 6. Não é só com linguagem estritamente principiológica que se manifestou o legislador de 1997. Dentre todos os princípios de regência da LGT, um foi expresso na forma de dever - claro e direto - pelo Congresso Nacional: o da modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços. 7. Uma vez que o legislador verbalize um dever estatal, compete ao Judiciário fiscalizá-lo e cobrar seu cumprimento. Seria descabido que, diante da violação de uma obrigação da Administração, o juiz se quedasse inerte, incapaz de encontrar um meio-termo entre substituir o administrador e ignorar o administrador. A omissão judicial dessa natureza equivaleria a *excesso negativo de poder*. 8. A fiscalização do cumprimento do princípio *jurídico* da modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços pelo STJ não se confunde com incursão proibida no universo dos fatos (Súmula 7). É comum, na prática da Corte, que situações extremadas de destempero absurdo dos destinatários da norma transmudem aquilo que seria um controle judicial de fato ou de fatos em controle judicial de direito, como demonstram situações-limite no campo do valor de danos morais, da cláusula penal e dos honorários advocatícios. 9. Cabe ao Judiciário apreciar as tarifas de telefonia à luz do interesse social no amplo acesso ao serviço público (art. 2º, II, e art. 3º, I, da LGT), no respeito aos direitos do consumidor-usuário (arts. 5º e 127 da LGT) e no cumprimento da função social do contrato e do serviço de interesse coletivo (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, e 127, III, da LGT). 10. Não se exige do STJ, no âmbito da assinatura-básica, mensuração exata do montante que deve ser cobrado pelo serviço prestado, mas tão-somente a emissão de juízo, no atacado, acerca da falta de suporte lógico e jurídico de um valor por um serviço que não é prestado, ou é prestado de forma inevitável (separando-se objeto do serviço e pressupostos técnico-materiais do serviço) ou, ainda, é prestado acessoriamente, embora ao custo de operação principal. 11. Nos contratos de *qualificação unitária*, a obrigação acessória segue a principal, o que implica dizer que quem paga pela obrigação principal leva o acessório. É a máxima *accessorium sequitur principale*. E se a obrigação é em si indivisível, não se pode fragmentar o seu preço (*major pars ad se minorem trahit*). 12. As peculiaridades da natureza técnica da telefonia fixa ensejam sua classificação como *serviço de consumo ou benefício plurissubjetivo*, em oposição à classe majoritária dos *serviços de consumo ou benefício unissubjetivo*. Naquele, o encontro do consumidor com seu fornecedor é, em regra, na companhia de outro ou outros consumidores. Nesta, ao revés, o consumidor espera que o fornecedor do serviço o atenda, de preferência melhor que aos outros, pois a natureza jurídica do objeto contratado admite a monopolização dos benefícios do serviço. 13. À ANATEL compete regular os contratos de telefonia. No Direito brasileiro, a atividade



que “por trás de cada contratante individual encontra-se um pressuposto da solidariedade e da justiça”, devendo o Judiciário “zelar por essa área resguardada, a qual se pode denominar de zona intocável da solidariedade e da justiça”.

Infere-se, pela leitura atenta dos julgados apresentados, que a função social do contrato, valor alçado à condição de norma jurídica (ver capítulo 3), para ser aplicada ao caso concreto, depende apenas da interpretação que o decisor (magistrado) conferir a esta função.

Tomando as definições de Rosemiro Leal, a norma “é categoria lógica de dicção dos conteúdos jurídicos da Sociedade Jurídico-Político-Econômica” (2009, p. 125), que, por esta característica, deve ter sua compreensão compartilhada pelos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica, de modo que conheçam a

---

normativa da Administração - em Decretos, Resoluções e outros atos não se limita, ao contrário do que defende boa e tradicional doutrina, às hipóteses em que a norma administrativa nada mais faz do que reproduzir literalmente o texto da lei aprovado pelo Parlamento. Por outro lado, a atividade "regulamentar" *lato sensu* não se exaure na figura do Decreto (art. 84, IV, da Constituição Federal). Conseqüentemente, o princípio da legalidade não impede que o administrador, orientado pelas diretrizes genéricas e abstratas traçadas pela lei, dê visibilidade, consistência e particularidade a direitos e obrigações (muitas vezes estabelecidos pela própria Constituição) com ela compatíveis. 14. A competência da ANATEL é para fixar preços e tarifas dentro das modalidades ou categorias previamente estabelecidas em lei; jamais para criar, artificial, descuidada, ou maliciosamente, serviços inexistentes, não previstos na LGT, e, a partir daí, admitir a cobrança por prestações que já integram o objeto da obrigação principal. 15. No que tange à telefonia fixa residencial, a LGT somente alberga a distinção entre a) serviço de telefonia *stricto sensu* e b) serviço de telefonia de valor adicionado (art. 60, 2º). Não é lícito à ANATEL inovar nesse quadro, com repercussão no padrão tarifário. As normas de proteção dos sujeitos vulneráveis devem ser interpretadas em seu favor (= *favor debilis*), não se admitindo que levem à criação, direta ou indireta, de obrigações. 16. A assinatura básica é uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais. Nisso, duplamente viola o art. 3º, da LGT: inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina "quanto às condições de acesso e fruição do serviço" (inciso II). Numa palavra, é o cavalo-de-tróia da exclusão digital. 17. Em síntese, conclui-se que a cobrança da assinatura básica: a) é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da ANATEL ao prevê-la em Resolução; b) mesmo que ausente a desconformidade com a LGT, viola o art. 39, I, do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; c) infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que "ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence" (art. 51, 1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); d) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, 1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela OFERTA do serviço, lembre-se!) ao assinante que utiliza muito pouco o serviço público; e e) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da ANATEL). 18. Recurso Especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 911.802/RS*, 1ª Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ de 1º.09.2008).

limitação do comando, na medida em que a legitimidade normativa, na perspectiva democrática, deve permitir a fiscalização incessante destes a partir do respeito aos princípios informativos do processo (isonomia, ampla defesa e contraditório):

A principiologia do Processo na teoria *neo-institucionalista* exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo-povo) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma sociedade política a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada. Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante da normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma existência jurídica não posta por realidade sociais autopoieticas nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos legislados. (LEAL, R., 2009, p. 111).

A breve análise de julgados realizada permite concluir, de plano, que a cláusula geral, como expressão maior de uma suposta busca pela efetividade do direito, em verdade fundamentou a legitimidade decisória em escopos metajurídicos ligados aos valores canalizados pelo magistrado, fragilizando as raízes da racionalidade crítica do direito imunizando-o criticamente.

O professor Dhenis Madeira, de forma sucinta e com rara felicidade, conclui que “no Direito Democrático, o provimento não advém de uma atividade solitária de uma autoridade, eis que todo poder emana do povo e, justamente por isso, a garantia de fiscalização popular não pode suplantada sem prejuízo de legitimidade democrática” (2008, p. 40).

Todavia, a visão do Direito como um complexo normativo de regras dotadas de proposital vagueza, supostamente comprometido com a concreção da ideia de justo, estabelece um cenário incompatível com o paradigma de discursivo inserido na compreensão democrática da construção do provimento judicial, porquanto impede o desenvolvimento livre da interação intersubjetiva das partes envolvidas no processo, alçando um dos interlocutores (juiz) a uma condição de comando e superioridade que desmantela os pressupostos de validade e igualdade que devem reger o discurso (debate).

Verificou-se, desta forma, que com o discurso (falácia) da adoção das cláusulas gerais como técnica normativa possibilitadora da efetividade (utilidade) jurídica renasceu a criação do Direito pelas mãos dos pretores, os quais detêm a

plena capacidade de extrair das normas os melhores sentimentos humanos, assimilando as aspirações contidas no seio social, que podem ser olvidados pelo Legislativo e Executivo diante de situação de grande clamor popular.

Com efeito, é possível concluir que as cláusulas gerais são normas direcionadas para os juízes, na medida em que conferem a eles “um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual, criando direito” (AGUIAR JÚNIOR, 1999, texto digital).

A perspectiva estabelecida pelas cláusulas gerais no ordenamento jurídico gerou ao juiz o dever de formular, casuisticamente, juízos de valor fundamentados em valores e padrões externos ao Direito (extrassistemático) a fim de preencher o espaço em branco deixado pela moldura aberta (contradição insuperável) verificada nestas normas.

Bedaque afirma, nesta ordem de ideias, que as cláusulas gerais atribuem ao julgador um maior poder na efetivação da regra no caso concreto levado ao seu julgamento, chegando a pontuar que, a partir da adoção desta técnica normativa, “cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade” (BEDAQUE, 2000).

Perigosamente, Fredie Didier também assimila as lições de Bedaque e assevera que “o órgão julgador é chamado a interferir mais [cri]ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos” (DIDIER JÚNIOR, 2010, texto digital).

Fica claro que nesta sistemática o juiz receberia a chancela (poder) do ordenamento jurídico para criar a norma a ser aplicada no caso concreto, detendo a possibilidade de estabelecer a melhor interpretação normativa a partir captação dos valores extrajurídicos que orbitam em torno da normatividade, podendo, inclusive, ignorar o que os intrumentalistas denominam de “intervenção legislativa”.

A assimilação das cláusulas gerais como técnica normativa capaz de conferir maior efetividade ao direito, e conseqüentemente ao processo, este lido como mero instrumento da jurisdição; busca, arbitrariamente, atribuir uma legitimidade ao Judiciário para remontar a uma realidade social a partir das sentenças prolatadas pelos julgadores (sujeitos).

Conforme se verifica, a construção doutrinária de assimilação das cláusulas gerais no Direito brasileiro leva o juiz ao ponto mais alto da relação jurídica estabelecida no processo, reforçando a condição de especial sujeição inerente às partes (e seus advogados), como se identificou na proposta processual bülowniana.

Isto acontece, porque, inegavelmente, a pré-compreensão do julgador com relação aos elementos constantes do enunciado normativo aberto (cláusulas gerais) é o ponto fundamental para a aplicação desta técnica normativa. Humberto Ávila, neste ponto, chega a afirmar que:

[...] não se pode negar que, ao apreciar as circunstâncias de fato e as hipóteses normativas, o aplicador opera seletivamente e, nessa atividade, há componentes que não estão pré-qualificados sistematicamente, mas que são, limitadamente, qualificados pelo próprio aplicador. (ÁVILA, 2010, p. 440).

Dentro da constitucionalidade democrática é inviável admitir que as pré-compreensões do sujeito responsável pelo julgamento constituam elementos preponderantes do provimento, na medida em que se transforma em argumento de autoridade impenetrável à crítica racional.

Dhenis Madeira traz importante contribuição para a temática aqui desenvolvida, ao apontar para o fato de que a criação de obstáculos à fiscalidade popular, tal como estabelecido pelas cláusulas gerais, impede o desenvolvimento de direito sob a perspectiva democrática.

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à vida-nua, criando-se um espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse espaço do soberano, a nosso ver, permite a criação de uma “dimensão política acima da jurídica. (MADEIRA, 2008)

Conforme se verificou nesta pesquisa, para Popper, a racionalidade de determinado enunciado se encontra na capacidade que ele possui de resistir à crítica calcada em argumentos objetivos ou até mesmo de ser apenas passível de ser falseada sob este prisma, o que significa dizer que a mera possibilidade de ser “atacada” objetivamente já lhe confere o *status* de racional ou científica.

Tal inserção se faz necessária, na medida em que este raciocínio também deve ser empregado no que toca à questão envolvendo a decisão judicial que sustenta seus pilares em elementos extrajurídicos oriundos das pré-compreensões subjetivas do juiz, devidamente autorizados pela suposta legitimidade normativa das cláusulas gerais, que culminam com provimentos jurisdicionais calçados em escopos meta-jurídicos que apresentam objetividade científica passível de ser atacada de modo racional.

Assim, a adoção de cláusulas gerais no Direito Processual implica a permissão ao juiz para decidir a crise de direito material posta em juízo com supedâneo em argumentos metafísicos fundados em um subjetivismo inaceitável no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, distorcendo a estrutura processual estabelecida na Constituição Federal, segundo preconiza a teoria neoinstitucionalista.

## 6 CONCLUSÃO

A partir do estudo desenvolvido, foi possível concluir que a técnica normativo-legislativa das cláusulas gerais adotada na elaboração e construção do Código Civil de 2002, ancorada pela abertura do ordenamento jurídico a partir da inclusão do princípio da dignidade pessoa humana como um princípio fundamental de ordem constitucional, apresenta relevante repercussão no campo do Direito Processual Civil.

Na busca pela superação de um modelo jurídico liberal pautado pelo pensamento positivista, identificou-se a necessidade de alterar o papel do Estado na construção e desenvolvimento da sociedade moderna, deixando de compreendê-lo como mero protetor das liberdades individuais para assimilar sua postura como condutor da busca da realização do bem-estar público e da justiça social.

Com isso, a compreensão do Direito no paradigma do Estado Social voltou-se para a assimilação de valores extrassistêmicos ao ordenamento jurídico, transportando a tarefa de autoentendimento da sociedade para o espírito do julgador.

É justamente neste espaço que se verifica o surgimento das cláusulas gerais definidas como normas que têm a aptidão de descrever os valores identificados no seio social, deixando a cargo daquele que possui a atribuição de decidir os conflitos (juiz) a tarefa de canalizar os desejos da sociedade a partir de suas pré-compreensões.

O discurso sedutor voltado para admitir e valorizar a adoção das cláusulas gerais no Direito chamado pós-positivista foi facilmente assimilado e aceito por aqueles que desenvolveram a compreensão do processo como instrumento da jurisdição, posto que compatível com a ideia da busca pela efetividade do Direito, por meio deste instrumento.

As cláusulas gerais, em sua essência, reforçam os ideais antidemocráticos estabelecidos a partir da teoria do processo como relação jurídica em Bülow, na medida em que alçam o magistrado à condição de primazia com relação às

partes, concedendo-lhe o poder de dizer o direito a ser aplicado na situação fática com base em argumentos metafísicos, dotados de alta carga de subjetividade.

A tarefa de reconstrução de uma realidade social a partir do entendimento judicial distancia o processo de sua constitucionalidade democrática, visto que torna o provimento infenso às críticas objetivas, conforme preconizado pelo entrelaçamento das ideias de Rosemiro Pereira Leal e Karl Popper.

Com efeito, foi possível assimilar que a técnica normativa das cláusulas gerais obsta, de modo insuperável, a livre interação entre os sujeitos (cidadãos) envolvidos no processo, impedindo o estabelecimento dos pressupostos de validade e igualdade que orientam o discurso que deve ser protegido na democracia.

Neste ambiente, a decisão judicial não se constrói sob a perspectiva da legitimidade democrática, visto que a arbitrariedade pressuposta na compreensão do processo como relação jurídica afasta o destinatário da sentença da possibilidade de participação na sua construção, tornando-a uma mera imposição oriunda da mente divina do magistrado.

“Abrir” o ordenamento jurídico aos valores que gravitam na sociedade multicultural descentrada apenas transporta a arbitrariedade antes estabelecida no legislador (positivismo), para o decisionismo judicial.

No contexto da teoria neoinstitucionalista do processo, em que se destaca a necessidade de desenvolver uma compreensão do Direito Processual compatível com a constitucionalidade democrática, é possível aferir que as cláusulas gerais configuram uma proposta de deformalização do processo em busca de uma suposta efetividade do direito material a ser aplicado, colidindo, frontalmente, com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: Limites e responsabilidade*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/ministros/Discursos/0001102/OPODERJUDICI%C3%81RIO%20E%20A%20CONCRETIZA%C3%87%C3%83O%20DAS%20CL%C3%81USULAS%20GERAIS.doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/OPODERJUDICI%C3%81RIO%20E%20A%20CONCRETIZA%C3%87%C3%83O%20DAS%20CL%C3%81USULAS%20GERAIS.doc)>. Acesso em: 25 jan. 2013.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Forense, 1997.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

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

BARACHO, J. Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1982.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2011.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2013.



BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *História do processo: romanismo e pandectismo nas teorizações da ação*. Belo Horizonte: Líder, 2009.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CLÁUSULA. *Consultório Etimológico*. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/pergunta/clausula/>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DIDIER JR., Fred. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/clausulas-gerais-processuais-pdf-d424073929> > Acesso em: 20 jan. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

ESPAÑA. *Constitución de 1978*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

FRANCE. French Civil Code. 1803. *The Napoleon Series*. Disponível em: <[http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book1/c\\_preliminary.html](http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book1/c_preliminary.html)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ITÁLIA. *Constituição Italiana de 22 de dezembro de 1947*. A.B.I – Associação de Brasileiros na Itália. Disponível em: <[http://www.tudook.com/abi/constituicao\\_italiana.html](http://www.tudook.com/abi/constituicao_italiana.html)>. Acesso em: 15 fev. 2013.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002. t. I e II.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIVET, Pierra. *As normas: análise da noção, estudo de textos: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles*. Trad. Fábio dos Santos Creder Lopes – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, n. 753, p. 129-154, jul. 1998.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: A jurisdição na “sociedade órfã de pai”. In: MAUS, Ingeborg (Org.). *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Menes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAUS, Ingeborg. Vinculação legal do Judiciário e a estrutura das normas jurídicas nazistas. In: MAUS, Ingeborg (Org.). *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Menes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003.

OLIVA, Alberto. Popper da Atitude Crítica à Sociedade Aberta. In: PEREIRA, Júlio César R. (Org.). *Popper: as Aventuras da Racionalidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 9 ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp\\_pt\\_2005\\_integral.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_pt_2005_integral.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2013.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil: tramitação do projeto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 752, p. 22-30, jun. 1998.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.