

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**CARLOS RODRIGO ORLANDO VILLALBA**

**CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**CURITIBA**

**2015**

**CARLOS RODRIGO ORLANDO VILLALBA**

**CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

*Orientador: Prof. Ruy Alves Henriques Filho*

**CURITIBA**

**2015**

## TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS RODRIGO ORLANDO VILLALBA

### CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	6
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO.....	8
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO.....	9
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO.....	11
3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
3.1 EFICÁCIA VERTICAL.....	14
3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL.....	14
3.3 EFICÁCIA DE INCIDÊNCIA DIRETA E INDIRETA.....	15
3.4.RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
3.4.1 Princípio da Proporcionalidade.....	22
4. CLÁUSULAS GERAIS.....	29
4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL .....	29
4.2 ESTRUTURA E FUNÇÃO.....	31
4.3 CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	35
5. Conclusão.....	42
Referências.....	44

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade sofre constantes mudanças, desde sua formação material até a ideal, sendo que justiça deve observar esse progresso para ser efetiva. A metodologia aplicada pelo Direito, se não mais acompanha a sociedade, não a serve mais.

Se a primeira dimensão dos direitos fundamentais prevê a liberdade, isto é, a abstenção do Estado, os de segunda dimensão garantem a igualdade, por meio de prestações do Estado para que haja o bem estar social.

Para a efetivação do escopo de referidos direitos, adota-se neste estudo o entendimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, permitindo ao juiz, por meio das cláusulas gerais, preencher as lacunas legislativas sempre mirando as normas constitucionais.

Não raras vezes o caso concreto reclama uma atividade jurisdicional além da subsunção, mas uma transposição para o alcance dos valores constitucionais.

Para o atendimento do princípio da efetividade da jurisdição constitucional o juiz deve se valer das cláusulas gerais e aplicar ao caso concreto valores constitucionais.

Cabe ao juiz, verificando a insuficiência do legislador, e imbuído de função conformadora à norma constitucional, julgar de forma consoante esta.

As cláusulas gerais não são meras justificativas para exposição de vontade do julgador. Como bem ressalta Dworkin, trata-se de uma leitura moral da constituição que detém limites. Perceba-se que a mesma cláusula geral que abre a interpretação do juiz é a mesma que a restringe, pois deve observar determinado valor. Trata-se de interpretação que, além de impor limites, também faz exigências ao exegeta.

Assim, não se trata de irrestrita liberdade conferida ao julgador, mas de sofisticada responsabilidade que deve obedecer a requisitos e limites sob pena de sua revisão.

Destarte, as cláusulas gerais emergem da garantia de direitos fundamentais e tornam-se úteis para a evolução constante do Direito, sendo importante resposta para a efetivação da justiça.

## 2. DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais<sup>1</sup> atualmente estão previstos na constituição, mas não somente em seu artigo quinto. Contudo, para que atualmente tenhamos próximos à realidade jurídica faz necessário analisa-los conforme historicamente concebidos para que haja distinção quanto aos seus motivos, essenciais ao presente estudo.

Cumprir observar que os direitos fundamentais passaram por várias fazes de desenvolvimento até sua positivação constitucional, transcorrendo por três períodos, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, citando K. Stern:

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos<sup>2</sup>

Contudo, para o presente estudo se dará enfoque ao surgimento dos direitos fundamentais no Estado constitucional de matriz europeia, haja vista o propósito específico deste trabalho.

Destarte, atenção aos direitos fundamentais na historicidade referida ocorreu de forma cronológica, muitas vezes de forma simultânea, mas, de acordo com o principal reconhecimento objetivo, pode-se distinguir em três dimensões.

Importante, primeiramente, destacar que a nomenclatura “dimensões” é a mais acolhida atualmente ao invés de utilizar-se “gerações” de direitos fundamentais. Isto, pois se pode ter a ideia que de acordo com o transcorrer das gerações uma poderia suprimir a outra que a antecedeu, o que não ocorre nos direitos fundamentais, haja vista coexistirem e, como referido, por vezes nascido conjuntamente, embora com maior ênfase em determinado período, como menciona Pedro Lenza:

---

<sup>1</sup> Constituição Federal, Título II

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Ver. Atual e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015 p. 37

A doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária.<sup>3</sup>

Compreende-se que os que aderem à nomenclatura de gerações dos direitos fundamentais se dá pelo fato de que foram concebidos em momentos históricos diferentes. Contudo, com razão parcialmente.

Isto, pois se verifica que o momento histórico que foram positivados os direitos fundamentais de primeira dimensão, também ocorreu o reconhecimento, positivado, de direitos fundamentais de segunda dimensão, contudo, não de forma tão presente quanto no momento histórico específico em que foram concebidos os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Como se verá adiante, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os essencialmente de liberdade, para marcar o direito à ausência do Estado na política Liberal em que foi concebida, contudo, já se previa certos direitos sociais que são, essencialmente, de segunda dimensão, porém cuja aplicação já havia sido iniciada quando do reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Dimoulis e Martins afirmam o informado, ao tratar da declaração francesa explicitam:

... garantia a assistência aos necessitados como uma “dívida sagrada” da sociedade e o direito de acesso à educação (arts. 21 e 22).<sup>4</sup>

Assim, a melhor denominação para se referir ao reconhecimento dos direitos fundamentais é a de “dimensão”, pois significa o foco dos direitos fundamentais de cada época e não a época em que foram concebidos, pois, como visto, além, pode-se ter a ideia de supressão de uma geração por outra, o que não ocorreu.

Comunga deste pensamento, Sarlet:

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do

---

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 17 ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo. Saraiva 2013. P. 1028.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.”<sup>5</sup>

Justificada, portanto, a aplicação neste estudo do termo dimensões, passa-se a analisar o escopo de cada uma das dimensões e seus relativos ensejos históricos.

## 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

No século que antecede a culminação do Estado Liberal, a opressão estatal que se matinha à custa dos governados, impingindo-lhes severas restrições que resultam, inclusive, em obstar seu desenvolvimento.

Os privilégios que detinham os monarcas, os aristocratas e a Igreja Católica em detrimento dos governados, somado à, principalmente, crise fiscal do reinado de Luis XVI provocaram a ira dos burgueses e camponeses.

Associado à este contexto fático, o desenvolvimento intelectual dominante na época, o Iluminismo, fortaleceu o acontecimento da revolução francesa que estabeleceu novos princípios: liberdade, igualdade e fraternidade.

Verifica-se, portanto, que nesta época o anseio da sociedade que liderou a revolução, que cabe a este estudo, é de ausência do Estado, para que ele deixasse de intervir na vida e nas relações *inter* e *intra* partes.

Destarte, trata-se de momento querença de liberdade, em que os governados almejavam a ausência do Estado, pois este atuava não como administração pública, mas como verdadeiro capataz, não administrando, mas explorando seus governados, como bem salientado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Foi o primeiro patamar de alforria dos ser humano reconhecido por uma Constituição. São direitos que surgiram com a ideia de Estado de direito, submisso a uma constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> SARLET, op. cit. 46

<sup>6</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, Curso de direito constitucional, 8ª. Ed. Ver. E atual, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99



Em razão de se tratar de direitos de abstenção, são portanto de cunho negativo, pois não se espera com eles uma conduta positiva do Estado, traduzindo-se também como direito de defesa, como explicita Robert Alexy:

Os direitos apresentados diferenciam-se exclusivamente em relação ao seu objeto. Um dos direitos – (4) – tem como objeto uma ação negativa (abstenção) do destinatário; o outro – (5) –, uma ação positiva (um fazer). A distinção entre ações negativas e positivas é o principal critério para divisão dos direitos a algo com base em seus objetos. No âmbito dos direitos em face do Estado, que serão analisados em seguida, os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado de “direitos de defesa”.<sup>7</sup>

Assim, nesta dimensão de direitos fundamentais se confere ao cidadão uma não intervenção estatal e, de outro lado, obriga o Estado a uma posição de garantidor das liberdades individuais.

Referidos direitos fundamentais de primeira geração são pertinentes à liberdades públicas, ou seja, direitos civis, que podem ser exemplificados por direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Também, conferiram-se direitos políticos, como os de participação política, de capacidade eleitoral passiva e ativa, consoante lembra Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado<sup>8</sup>

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Igualmente aos direitos fundamentais de primeira dimensão, necessário se faz situar historicamente sua gênese constitucional, pois seu contexto explica de maneira complementar os anseios que culminaram nesta segunda dimensão dos direitos fundamentais.

O momento histórico aqui é posterior ao dos direitos fundamentais de primeira geração. Enquanto estes tiveram por cerne a revolução burguesa, impondo a ausência do Estado, esta segunda dimensão dos direitos fundamentais tentou

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 2ª ed., 3ª tiragem, Ed. Malheiros, 2012, p. 195

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 563-564

trazer a compensação dos excessos cometidos pelo liberalismo que marcaram a primeira dimensão.

Isto, pois após a dita alforria alcançada do então Estado opressor, houve a expansão mercantilista e, com ela, os meios de produção, resultando na época da chamada revolução industrial. Nesta época os trabalhadores eram subjugados e sua dignidade sonogada pela economia desenfreada.

A ânsia de produtividade e lucro outrora reprimidos pelo Estado eclodiram em uma desregrada e irresponsável exploração tornaram-se o novo problema. Houve êxodo rural e nos centros urbanos os cortiços abarrotaram-se. A jornada de trabalho era longa e os salários beirando a subsistência. Mulheres e crianças, submetidos à mesma jornada e trabalho, obtinham salários menores que dos homens.

Destarte, o problema deixou de ser o Estado e passou a ser a classe empregadora. Neste ponto, não mais se precisava da ausência do Estado, zelando somente pela liberdade negativa, mas, pelo contrário, de sua presença positiva.

Enquanto a primeira geração de direitos fundamentais foi marcada pela negatividade dos direitos, esta segunda dimensão dos direitos fundamentais exige a atuação do Estado, portanto de direitos positivos.

Isto, pois se em um primeiro momento era necessário fundamentalmente a ausência do Estado para se desfrutar da liberdade com intuito de gerir a própria vida e conseguir, dela, evolução pessoal, neste segundo momento há necessidade de se garantir a subsistência individual e social para o desfrute desta liberdade.

Há, assim, há contraposição aos direitos negativos pelo caráter positivo dos direitos fundamentais de segunda geração, conforme anota Sarlet:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de bem-estar social”<sup>9</sup>

De modo mais detalhado, ensina David Araújo:

Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções

---

<sup>9</sup> SARLET., op. Cit., p. 47.

dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida.<sup>10</sup>

Os direitos fundamentais de segunda geração, portanto, são marcados pela positividade, ou seja, ações positivas do Estado. Enquanto antes a primeira dimensão dos direitos fundamentais foi concebida por um estado liberal, esta segunda dimensão se caracteriza pelo estado social democrático.

Ditos direitos positivos, podem ser nominados como direitos a ações positivas, que podem ser subdivididas em ações positivas fáticas e normativas. Na lição de Alexy, essas ações positivas, sejam normativas ou fáticas, são denominadas de prestações.<sup>11</sup>

Seguindo a doutrina do citado autor, aderida por Sarlet, o direito a ações positivas fáticas são denominadas de prestações em sentido estrito, enquanto as ações positivas normativas são as prestações em sentido amplo:

Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo.<sup>12</sup>

Feitas essas exposições sobre a classificação doutrinária, o importante, ao menos neste momento, é salientar a positividade que exige esta dimensão dos direitos fundamentais e, quanto a isso, que traduz na exigência de uma prestação por parte do Estado.

### 2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Os conceitos de solidariedade e fraternidade podem, em seu sentido mais amplo, exemplificar os anseios desta dimensão dos direitos fundamentais.

Isto, pois neste momento histórico surgem novas preocupações ante a degradação humana e de seu habitat pelas evoluções científicas. Assim, a razões

---

<sup>10</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Op. Cit., p. 100.

<sup>11</sup> ALEXY., op. Cit., p. 202

<sup>12</sup> ALEXY., op. Cit., p. 202.

dessa dimensão dos direitos fundamentais transcendem o indivíduo ou uma coletividade específica. A citada solidariedade detém, a exemplo, titularidade coletiva e não individual.

Destarte, observa-se a relação não somente entre particulares, ultrapassando-se, inclusive, um determinado grupo. Inicia-se a visão macro, cosmopolita, do ser.

Não se restringe, inclusive, a relações entre humanos, mas vai além, destes com o ambiente em que vivem. Assim, a titularidade coletiva desta dimensão de direitos fundamentais é uma distinção a ser feita das demais dimensões citadas anteriormente:

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.<sup>13</sup>

Neste aspecto, são direitos coletivos e difusos, pois em sendo coletivos, não detém uma individual titularidade, pois observa a relação jurídica hipotética que une vários indivíduos. Neste caso há uma coletividade que somente ela pode exercer o direito coletivamente.

Outrossim, difusos, pois não há como se identificar especificamente a parcela correspondente a cada indivíduo componente da coletividade acima mencionada.

Por esta razão são denominados direitos transindividuais, pois há preocupação com o preservacionismo ambiental, consubstanciado no direito ao meio ambiente.<sup>14</sup> Podem também ser citados o direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à comunicação, à proteção dos consumidores, etc.. Deve-se, ainda, fazer referência à garantias contra as manipulações genéticas, ao direito de mudança de sexo e de morrer com dignidade.

Em razão dessa transindividualização, há críticas quanto a serem classificados como direitos fundamentais, chegando a serem nominados como direitos de solidariedade ou fraternidade, como ensina Sarlet:

---

<sup>13</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Op. Cit., p. 100.

<sup>14</sup> SARLET., op. Cit., p. 48.

A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à ação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, o mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> SARLET., op. Cit., p. 47.

### 3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 EFICÁCIA VERTICAL

Como visto, os direitos fundamentais, principalmente os de primeira dimensão, tratam-se de direitos negativos, isto é que protegem o particular contra a arbitrariedade Estatal, haja vista a iníqua relação entre ambos.

A eficácia vertical tem natureza no direito de defesa, vez que protege o particular dos abusos do Estado. Portanto, também é chamada de eficácia pública ou interna.

Destarte, a eficácia dos direitos fundamentais é, essencialmente, vertical, vez que regula a relação verticalizada (pois iníqua) entre Estado e particular.

#### 3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL

Contudo, os direitos fundamentais não devem ser somente preservados nas relações estatais com o indivíduo, mas também no âmbito privado, isto é, entre os próprios particulares.

A título exemplificativo, falar sobre garantia da isonomia perante a Administração Pública é quase natural, porquanto os concursos públicos para preenchimento de quadros devem obedecer este direito. Contudo, a questão toma mais relevo quando há a colisão desta equidade com a liberdade de contratar, do empregador privado, que demite empregado por não o sentir tão belo quanto outro de igual produtividade.

Por muito tempo, e isso é inerente ao pensamento que originou os direitos fundamentais de primeira dimensão, pensou-se em máxima proteção das relações privadas (autonomia privada) da investida Estatal. Contudo, verificou-se a necessidade de assegurar, ainda que na então intocável esfera privada, os direitos fundamentais:

Não obstante, a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações, nas quais os particulares se encontram

em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica), vem sendo denominada de eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Assim, o surgimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surge como contraponto à eficácia vertical dos direitos fundamentais, com vistas a conferir maior plenitude à eficácia, assegurando sua aplicação em maior quantidade de relações.

### 3.3 EFICÁCIA DE INCIDÊNCIA DIRETA E INDIRETA

Quanto ao grau de incidência dos direitos fundamentais entre os particulares, admitindo-se como incidente nesta seara, existem duas doutrinas, quais sejam: eficácia direta e eficácia indireta.

A teoria da eficácia horizontal indireta tem como reconhecimento inicial o direito de liberdade. Isto é, a “autonomia privada” e a “responsabilidade individual” não podem ser submetidas à aplicação direta dos direitos fundamentais. Isto, pois senão esvaziaria a autonomia da vontade e, por conseguinte, o direito privado.

Tem como razão que os direitos fundamentais prestam a, precipuamente, defender o particular, não cabendo, portanto, sua aplicabilidade entre particulares:

A teoria da eficácia indireta ou mediata significa que os direitos fundamentais são, primariamente, direitos de defesa da liberdade contra o Estado e não se justifica que elas vinculem também os particulares, de modo imediato e absoluto, mas, como proposto por Dürig, numa concepção mitigada, os direitos fundamentais têm uma força conformadora das relações entre particulares, quer através da legislação civil ou criminal, quer através da interpretação das cláusulas gerais do direito civil suscetíveis de preenchimento valorativo.<sup>17</sup>

Para tanto, é necessária atitudes do legislador que deveria, ou não, legislar sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Somente dessa maneira poderia haver intervenção no íntimo privado, na amplitude horizontal, os direitos fundamentais.

Salienta-se que não somente uma atitude positiva do legislador é esperada na garantia dos direitos fundamentais entre particulares, mas também proibitiva, pois não poderá o legislador editar normas que violem direitos fundamentais.

<sup>16</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 5. ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 391.

<sup>17</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição. 20 ed., elo Horizonte: Del Rey, 2013, p.691.

De ouro vértice, existe a classificação da eficácia horizontal mediata positiva, que dispõe que o legislador deve editar normas que assegurem os direitos fundamentais entre particulares. Assim, espera-se uma atitude positiva do legislador em determinar em que situações entre indivíduos do setor privado os direitos fundamentais incidiriam.<sup>18</sup>

Isto é, o legislador, dotado de sua função legislativa, cabe editar normas que sirvam de aberturas no direito privado para que os direitos fundamentais pudessem penetrar e atingir sua eficácia horizontal.

Essas disposições legislativas que introduziriam os direitos fundamentais na seara privada, intitula-se de *cláusulas gerais*, amplamente adotada na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal:

Por esta razão, caberia ao legislador a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por meio de uma regulamentação compatível com os valores constitucionais. Nessa concepção, para que os direitos fundamentais possam irradiar seus efeitos é necessária uma mediação legislativa (*efeito irradiador*).

A produção indireta dos efeitos dos direitos fundamentais no direito privado teria como pressuposto a “ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores”. A porta de entrada ou ponto de infiltração desses valores no direito privado seriam as *cláusulas gerais*.<sup>19</sup>

De outro lado, cabe verificar a existência da teoria da eficácia imediata que é defendida a partir da década de 1950, vinculando diretamente os particulares aos direitos fundamentais, idealizada por Hans Carls Nipperdey.

Referida teoria prescreve a desnecessidade da intermediação legislativa prevista pela teoria da eficácia mediata, podendo os particulares, em a mediação legislativa Estatal, assegurá-los no âmbito da horizontalidade, isto é, perante outros particulares.

Referida teoria não é adotada na Alemanha, contudo, é bastante difundida na Itália, Portugal e no Brasil, haja vista o disposto no §1º, art. 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

---

<sup>18</sup> LENZA., op. Cit., p. 1037.

<sup>19</sup> NOVELINO., op. Cit., p. 392.



Contudo, o reconhecimento da validade de uma teoria não anula a outra. Isto é, devem coexistir, consoante anota Canaris:

Assim, o principal representante desta teoria, Günther Dürig, falou mesmo de uma “influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado, e de uma tão-só “mediata aplicação dos direitos fundamentais no direito privado”. Se, inversamente, se partir do artigo 1º, n. 3 da LF, esta conclusão não pode ser considerada correcta, pois esta disposição impõe, justamente, uma eficácia normativa imediata dos direitos fundamentais. Além disso, nunca compreendi o que realmente se pretendia dizer com essa variante da teoria da eficácia mediata em relação a terceiros, e designei-a por isso como verdadeiramente “misteriosa”. Está subjacente a esta posição, por exemplo, a ideia de que (também) o legislador do campo de direito privado só está vinculado aos direitos fundamentais “por meio dos preceitos que dominam imediatamente essa área do direito, como afirma uma conhecida formulação da decisão-Lüth?<sup>20</sup>

Isto, pois de forma alguma poderá o Estado furtar-se de garantir os direitos fundamentais e, em havendo ausência de previsão legislativa, o aplicador do Direito deve suprir, realizando o julgamento conforme as normas constitucionais, como também afiançou Marinoni:

Frise-se, portanto, que a eficácia horizontal direta ou imediata não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta. Na verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser mediada pela lei e, assim, deve ser indireta ou mediata.

Apenas quando o legislador se omite, negando vida ao direito fundamental – e então há que se pensar na supressão da omissão – ‘que se tem que admitir sua eficácia direta sobre os particulares. Nessa situação, se algo que é inquestionavelmente devido para a proteção do direito fundamental, e assim ele pode ser aplicado imediatamente, isto é, sem a intervenção do legislador, há eficácia direta ou imediata do direito fundamental.

Mas, quando a aplicação direta do direito fundamental não é possível, somente resta recorrer à jurisdição. Nesse caso, se o juiz chegar à conclusão de que o legislador negou proteção normativa ao direito fundamental, deverá determinar aquela que, diante do direito fundamental do réu, implica efetiva tutela ao direito fundamental e, ao mesmo tempo, gera ao demandado a menor restrição possível. Quando a jurisdição assim atua, faz a intermediação entre o direito fundamental e a relação entre os particulares. Ou seja, a eficácia do direito fundamental é mediata ou indireta.<sup>21</sup>

Destarte, há que se verificar a validade de ambas as teorias e não advogar à extremidade delas, mas de sua coexistência. Isto, pois deve ser admitida a existência de cláusulas gerais, o que se verá com mais vagar à frente, que se

<sup>20</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 3ª reimpressão da edição de julho/2003, Ed: Almeida, p.29.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. Jus Navegandi, Teresina, v.9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina.texto.asp?id=6550>. Acesso em:10 ago. 2015 p. 33

prestam a infiltrar o direito privado de direitos fundamentais, servindo como abertura do direito negativo acima visto.

De outro canto, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é válida. Não somente por ser indicada no próprio texto constitucional (§1º, artigo 5º da Constituição Federal), mas pela própria razão de existência dos direitos fundamentais que não podem ser sonogados por lapso do legislador.

### 3.4 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Verificam-se duas teorias que explicam a natureza e solução para a colisão de direitos fundamentais, quais sejam: teoria interna e teoria externa.

A teoria interna entende que os direitos são *a priori* e não *prima facie* como entende a teoria externa. Isto é, os direitos fundamentais foram criados e têm limitações *imanes*, ou seja, inerentes ao próprio direito fundamental, defendida por Virgílio Afonso da Silva.<sup>22</sup>

Destarte, aos adeptos desta teoria cabe falar em *limitação* ao direito fundamental, haja vista que o termo denota o limite natural do direito e não propriamente uma restrição.<sup>23</sup>

A teoria externa, como dito, se distingue pela distinção do direito *prima facie* e o direito definitivo, anotada por ALEXY quando da distinção de princípio e regra.

Referido doutrinador inicia distinguindo os conceitos de norma, princípio e regra. Como norma intitula gênero a que pertencem regras e princípios. Ambas, regras e princípios, são disposições de dever-ser, portanto, são normas.

Contudo, o que diferencia a regra de princípio é o caráter *qualitativo*, isto é, que aquela se finda em si, ou é aplicada ou não, serve, portanto, como determinação. Princípio, ao contrário é *mandamento de otimização*, isto é, deve ser aplicado na medida do possível, transparecendo o caráter *prima facie*:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O

---

<sup>22</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.130

<sup>23</sup> NOVELINO., op. Cit., p. 403.

âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção ente regras e princípio é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>24</sup>

Com base na teoria externa, fulcrada no entendimento de Alexy, os direitos fundamentais podem sofrer três tipos de restrições, quais sejam: por expressa disposição constitucional, por disposição legal ou por colisão de direitos fundamentais. Contudo, importante observar que todas as hipóteses têm como fundamento a própria constituição, como observa Sarlet:

Além disso, verifica-se, com já demonstram as três espécies de limitações referidas, que, em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional.<sup>25</sup>

Referidas restrições são conhecidas na doutrina com o título de *limites dos limites*. Isto, pois não se pode valorizar a atividade legislativa ao ponto de deixa-la livre para limitar os direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais, principalmente os de primeira dimensão, foram concebidos para que o Estado fosse ausente, pois direitos de proteção/negativos, inconcebível que o próprio Estado pudesse limitar livremente sua abstenção.

Os limites aos limites dos direitos fundamentais, portanto, funcionam como verdadeiras barreias à restringibilidade destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.<sup>26</sup>

Destarte, criaram-se mecanismos para limitar o poder limitador do Estado no que concerne aos direitos fundamentais com vistas a não esvaziar seu propósito. No âmbito formal criou-se o requisito da reserva legal e, na sua ausência, portanto no âmbito material, o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>24</sup> ALEXY, op. cit. p.90

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p. 344

<sup>26</sup> SARLET, op. cit. p. 346.

As limitações por disposição legal são decorrentes do princípio da reserva legal (*cláusula de exceção* para ALEXY)<sup>27</sup>, em que a constituição permitiu o legislador intervir na aplicabilidade dos direitos fundamentais. A reserva legal pode ser classificada como simples ou qualificada. Esta classificação refere-se à amplitude dos limites impostos pela constituição para o legislador quando este for intervir nos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

Por expressa disposição constitucional se tem como exemplo o direito da inviolabilidade de correspondência (artigo 5º, XII da Constituição Federal) que, em hipóteses de estado de defesa e estado de sítio (artigo 136, §1º, I, b,; art. 139 III ambos da Constituição Federal), poderá ser limitada. Tal limitação encontra expressa no próprio texto constitucional, sendo de observância lícita e obrigatória nos termos de sua prescrição.

Quanto à reserva legal simples, esta é mais ampla que a qualificada, pois não exige a observância do legislador quanto a pressupostos ou objetivos quando da intervenção dos direitos fundamentais. A título exemplificativo pode-se citar o disposto no artigo 5º, LVIII da Constituição Federal que dispõe: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

De outro vértice, a reserva legal qualificada exige, esta sim, a observância do legislador quanto a pressupostos ou objetivos quando da intervenção dos direitos fundamentais. Exemplo clássico é o sigilo das comunicações telefônicas, que prescreve o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, que a lei estabelecerá exceção à dita inviolabilidade, mas com o objetivo específico de investigação criminal ou instrução processual.<sup>29</sup>

Há uma terceira hipótese de limitação dos direitos fundamentais que decorre da colisão de direitos fundamentais, que autoriza a restrição de direitos fundamentais ainda que não expressamente autorizado pela constituição federal, consoante ensina Sarlet:

Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revele

---

<sup>27</sup> ALEXY, op. cit. 91

<sup>28</sup> SARLET, op. cit. p. 345.

<sup>29</sup> Art. 5, XII, CF: É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação”.<sup>30</sup>

Isto se dá em razão do constituinte não conseguir prever toda a gama de hipóteses que podem ser submetidas às previsões legais dos direitos fundamentais e que resultam sua colisão.

Importante a distinção de regra e princípio trazida por Alexy, pois enquanto duas regras conflitam, uma delas deverá ser anulada, razão pela qual se fala em validade de regras.

Princípio, ao contrário. Em havendo colisão, não se pode invocar hierarquia de valores constitucionais e tampouco sacrificar um direito fundamental em razão de outro. Há de haver uma harmonização de direitos fundamentais.

Referida harmonização encontra preceitos diferentes dos citados anteriormente, que vêm exclusivamente da reserva legal. Para a harmonização deve-se observar o princípio da proporcionalidade (sopesamento para Alexy<sup>31</sup>), pois não se deixa de aplicar os direitos fundamentais, mas os harmoniza:

Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.<sup>32</sup>

Os direitos fundamentais encontram restrições (limites) que podem ser resolvidos formalmente (reserva legal) ou materialmente (proporcionalidade).

---

<sup>30</sup> SARLET, op. cit. p. 345.

<sup>31</sup> Cf. Alexy: “Essa relação de tensão não pode se solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento de interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*.” (2012, p. 95)

Sobre a desnecessidade de aprofundamento da precisão terminológica, manifesta-se Sarlet: “A técnica da ponderação (aqui não se fará sequer a tentativa da distinção em relação a outros termos de uso corrente, como a hierarquização, o sopesamento, entre outras), tanto no âmbito do direito público quanto na seara do direito privado, a despeito das toneladas de papel e dos verdadeiros oceanos de tinta gastas com o tema, não chega a apresentar maiores novidades, visto que, com o passar do tempo, consolidou sua posição para a solução apto a determinar a solução juridicamente correta em cada caso, com destaque para a solução dos conflitos entre direitos e princípios fundamentais, embora não se aplique exclusivamente neta esfera. Isso não afasta, contudo, a necessidade de serem encontradas vias por meio das quais sejam mitigados ou evitados os perigos e excessos que tradicionalmente são imputados à ponderação, com o intuito de lhe conferir suporte racional e disciplinado, renunciando, todavia, à sua redução a uma fórmula matemática, esta, sim, seguramente condenada ao fracasso.” (2012 p.356)

<sup>32</sup> SARLET. Curso de direito Constitucional. p. 346.

Destarte, para a solução da colisão de direitos fundamentais não está o exegeta livre, isto é, ele detém restrições (limites aos limites), que, neste aspecto material, deve observar o princípio da proporcionalidade.

### 3.4.1 Proporcionalidade

A proporcionalidade não encontra fundamento expresso em nossa Constituição Federal, contudo pode ser verificada como desdobramento de princípios como do Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal<sup>33</sup>), quando veda o excesso de poder, arbítrio, etc., bem como o devido processo legal assegurado pelo inciso LIV do artigo 5º da constituição Federal.<sup>34</sup>

Temos ainda, na legislação infraconstitucional, a lei 9.784/1.999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo segundo prescreve o princípio da proporcionalidade.<sup>35</sup>

Atualmente, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em seu artigo, consagrou o princípio da proporcionalidade em seu texto, demonstrando que cada vez mais está arraigado o mandamento da proporcionalidade no nosso ordenamento, senão vejamos:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.<sup>36</sup>

Embora não haja previsão expressa no texto constitucional, a aplicação deste princípio pode ser aplicada a todas *matérias jurídicas*, consoante explica SARLET:

É bom frisar, contudo, que, independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que a aplicabilidade dos princípios

---

<sup>33</sup> Constituição Federal, artigo primeiro: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

<sup>34</sup> Constituição Federal, inciso LIV, artigo 5º: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>35</sup> Lei 9.784/1.999, artigo segundo: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>36</sup> Lei 13.105/2015, artigo oitavo.

da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica.<sup>37</sup>

Importante destacar a função dúplici dos direitos fundamentais que reflete na *dupla face* do princípio da proporcionalidade.

Sabido que os direitos fundamentais foram concebidos inicialmente, especialmente sua primeira dimensão, em um momento liberal, onde se tentava afastar o estado das relações particulares, conferindo *ab initio* como direito de proteção.

Assim, a primeira face do direito fundamental é a de proibir excessos do Estado, pautando desta forma a primeira face, também, dos limites aos limites dos direitos fundamentais.

Posteriormente, houve a segunda dimensão dos direitos fundamentais, também chamado de prestacionais, visando assegurar a intervenção do Estado, inclusive, para assegurar a aplicação dos direitos fundamentais ou sua fruição.

A segunda face dos limites aos limites dos direitos fundamentais, consubstanciada na proporcionalidade, acompanha esta necessidade, em suprir a omissão do Estado, vedando a *proteção insuficiente* do Estado, consoante leciona Sarlet:

É por tal razão que também a doutrina brasileira (e, em alguns casos, a própria jurisprudência), em que peses não ser pequena a discussão a respeito, em geral já aceita a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem com para o controle da omissão ou atuação insuficiente do estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.<sup>38</sup>

Verifica-se, desta maneira que a duplo caráter dos direitos fundamentais exige a dupla face do princípio da proporcionalidade, pois se de um lado exige-se a ausência do estado, consubstanciada na sua restrição em ferir os direitos fundamentais, de outro é necessária sua presença com vistas a assegurar a sua aplicação por meio do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>37</sup> SARLET, Curso de direito..., op. cit., p. 349.

<sup>38</sup> ALEXY, Curso de direito..., op. cit., p. 350.

Para a aplicação em si do princípio da proporcionalidade, devem ser observados três quesitos, quais sejam: adequação, necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é importante instrumento para se aferir a eficácia da medida. Isto, pois se o Estado irá intervir por meio de ações, estas devem ser conformes para ao seu fim. Assim, a adequação transfere a exigência de adequação da medida e, ao menos em tese, obtenção do fim almejado.

O pensamento deve ser hipotético tendo em vista a notória impossibilidade de se prever o resultado perquirido, mas uma vez vislumbrado que a medida adotada ira, ao menos, fomentar a obtenção do resultado, a adequação estará satisfeita, como esclarece Virgílio Afonso da Silva:

A exigência de realização completa do fim perseguido 'é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida.<sup>39</sup>

A aplicação do princípio da adequação pode ser revista por um enfoque negativo, analisando a medida pela certeza de sua inidoneidade. Ou seja, além de se exigir que a medida adotada seja ao menos em tese eficaz, deve se ter certeza que ela não será ineficaz, conferindo, desta maneira, duplo grau de certeza ao prognóstico do aplicador.

Não se deve questionar, neste momento sobre a qualidade da via eleita para atingimento do fim, como verificação da gravidade da medida para o particular ou se há outro meio melhor para executá-la. Isto, pois este requisito deve ser analisado quando do questionamento pelo princípio da necessidade.

Assim, quando da restrição dos direitos fundamentais, o aplicador terá como instrumento, além de norteá-lo, o princípio da adequação que exigirá que a restrição aplicada seja idônea para, ao menos, fomentar a finalidade perseguida.

A necessidade é um ato comparativo da medida Estatal que restringe ou aplica o direito fundamental, para verificar se não contém outra maneira melhor ou menos gravosa para atingir sua finalidade.

---

<sup>39</sup> SILVA., op. Cit., p. 170.



Consoante assinala Sarlet, há duas fases da análise pelo princípio da necessidade. Primeiramente deve-se verificar qual das medidas atingiria mais o fim almejado e, posteriormente, qual das medidas é menos gravosa.<sup>40</sup>

Diferentemente do princípio da adequação, que se analisa *linearmente* a medida e o objetivo almejado, a necessidade detém análise comparativa, mirando para fatores fora da linha medida-objetivo, como afirma Virgílio Afonso da Silva:

Fica clara, assim, a diferença entre exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo.<sup>41</sup>

Destarte, os fatores que se observam no subprincípio da necessidade são eficiência e gravidade. Eficiência das medidas comparadas em atingir o fim específico e gravidade da afetação do direito fundamental.

Não se pode preferir o meio menos gravoso como dominante, pois com a omissão do Estado não há ameaça ao direito fundamental, contudo, também não haverá eficácia alguma. Pelo contrário, deve-se preferir a eficiência do meio escolhido sem que isso signifique esvaziamento do quesito *gravidade* (grau de restrição do direito).

Isto, pois a análise deve decorrer de medidas com o mesmo *grau de eficiência*, verificando-se o grau de gravidade imposto ao direito fundamental preterido.

Desta maneira comungam o pensamento Virgílio Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet, respectivamente:

Nesse sentido, vamos supor que o Estado lance mão da medida M1, que limita o direito fundamental D mas promove o objetivo O. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igualdade eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então, a medida M1, utilizada pelo estado não é necessária.<sup>42</sup>

Necessidade ou exigibilidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que

---

<sup>40</sup> SARLET., Curso de direito constitucional. Op. Cit. p. 350.

<sup>41</sup> SILVA., op. Cit., p. 171.

<sup>42</sup> SILVA. op. cit., p. 171.

envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados);<sup>43</sup>

Assim, diferente da análise da adequação que é negativa, aqui está diante de uma análise positiva, vez que se deve questionar se outra medida, tão eficiente quanto, teria efeitos menos gravosos.

O subprincípio da necessidade toma como foco as possibilidades fáticas, assim como o da adequação. Contudo a *necessidade* observa principalmente o meio mais eficiente, tendo como parâmetro as possibilidades fáticas.

Contudo, não se pode ter como justo que se mire somente à eficiência da medida, visto que esta pode afetar ou até anular direito fundamental, havendo a necessidade de se verificar as possibilidades jurídicas.

Deve-se ter em horizonte o esclarecido por Alexy, que os princípios são *mandamentos de otimização*. Assim, enquanto a adequação e necessidade servem como parâmetro para se otimizar a restrição no campo fático, colhendo-se a melhor medida, de outro lado, existe um princípio que trabalha conjuntamente para a otimização, contudo nas possibilidades no âmbito jurídico, qual seja: proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito, portanto, serve como contraponto à adequação e necessidade, visto que essas duas elegem o melhor meio fático para atingimento dos fins esperados. Enquanto estes miram a eficiência, a proporcionalidade em sentido estrito mira resguardar os direitos limitados, ponderando se o alcance dos fins pelos meios escolhidos (por estes dois subprincípios) traduz vantagem às restrições trazidas aos direitos fundamentais.

Como referido anteriormente, há uma dúplici faceta dos direitos e, por consequência, das restrições aos direitos fundamentais. Se de um lado não pode haver excesso, de outro não se pode admitir a insuficiência. A restrição aplicada, adequada e necessária, não pode mirar somente na eficiência do fim, sob pena de se caracterizar exagerada. Também, como visto, não pode se pautar na menor lesividade ao bem sob pena de ser *insuficiente* para o atingimento do fim almejado.

Christian Calliess, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, fala sobre “*concordância prática multipolar*” para justificar essa atenção ao quadro global da problemática

---

<sup>43</sup> SARLET., op. cit., p. 351.

trazida pelas restrições aos direitos fundamentais que se aplica o princípio da proporcionalidade.<sup>44</sup>

Para referido autor há uma confluência de proibições – excesso e insuficiência – devendo haver ponderação entre a proteção aos direitos com o nível de intervenção nos direitos de defesa sejam individuais ou coletivos:

“...é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes pós a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos. “

Por fim, é importante observar outro limite ao limite do poder de restrição dos direitos fundamentais: núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A melhor doutrina nacional sobre o tema, reconhecida por Sarlet, é a de Virgílio Afonso da Silva, que afirma que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir das varáveis e dos problemas que permeiam, mas sempre restringindo a arbitrariedade, ou seja, impondo limite ao limite de restrição dos direitos fundamentais.

Isto é, os direitos fundamentais podem ser restringidos, contudo, devem observar os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade bem como pelo que compreende o núcleo essencial dos direitos fundamentais:

Se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial.<sup>45</sup>

Os direitos fundamentais devem ser exercidos em sua plenitude, sendo assegurado tanto a sua aplicação bem como a vedação de sua não aplicação. Esta, contudo, pode ser relativizada caso haja colisão de direitos fundamentais. Quando isto ocorre, deve haver a restrição dos direitos fundamentais mirando o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>44</sup> SARLET. op.cit., p. 353

<sup>45</sup> SILVA. op. cit., p. 206.

O resultado da limitação decorrente da colisão deve respeitar não somente o fim que se almeja, mas também não deve negar o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, se atende a vedação ao excesso e à insuficiência de por meio da harmonização de direitos fundamentais colidentes, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e o núcleo essência dos direitos fundamentais.

## 4. CLÁUSULAS GERAIS

### 4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Vimos até este momento que a inserção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico foi de extrema importância e resultado de consequente caminhar intelectual quanto às necessidades para a manutenção e desenvolvimento social.

Embora a vitória burguesa tenha incluído o direito de proteção, não se pode negar a importância, a contraponto, do direito fundamental prestacional adquirido na segunda dimensão, quando da revolução industrial. Pois, foi nesse momento que se verificou que a total ausência de intervenção Estatal prejudicava a sociedade.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais exprime o reconhecimento e asseguramento pelo Estado dos referidos direitos, contudo, não deve ser preservado no âmbito particular-privado, mas também, entre entes privados.

Assim, reconheceu-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, garantindo a aplicação destes pelos entes estatais (eficácia vertical), mas também às relações entre particulares, denominando-se de eficácia horizontal. Se de um lado existe o direito de se exigir do Estado a aplicação de direito fundamental, há, de outro, que esse direito seja reconhecido na seara privada.

Em razão da natureza primária eminentemente protecionista dos direitos fundamentais, muito embora tenham sido criados com vistas a evitar excessos do poder público, também, com o tempo, criaram caráter prestacional, assegurando a insuficiência protetiva.

Assim, cabe falar da eficácia não somente imediata dos direitos fundamentais prevista constitucionalmente, mas também sua aplicação indireta ou mediata por meio das aqui adianta tratadas cláusulas gerais.

Como visto, para que de um lado não houvesse sacrifício dos direitos fundamentais de primeira geração que consagram e servem de pilar ao direito privado, a liberdade conferida ao particular frente à administração pública, o Estado tratou de legislar pontos de infiltração de tutelas a direitos fundamentais ainda que nas relações particulares, o que se deu por meio das cláusulas gerais.

Em verdade, referidas cláusulas provêm da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, pois enquanto se exige do Estado a garantia de direitos fundamentais, também é exigível, deste, frente a particulares.

Contudo, quando há referida aplicação, corre-se o risco de se ferir direitos fundamentais de outrem, razão pela qual há restrições que os direitos fundamentais devem sofrer.

Aqui se fala de restrições, pois, como dito, ultrapassam os limites (*imanes*) dos direitos fundamentais, traduzindo-se em colisão entre direitos fundamentais. O caráter principiológico dos direitos fundamentais exprime, diferente de regras, *mandamento de otimização*, devendo sempre ser aplicáveis ao máximo. Ainda, deve-se observar o núcleo essencial dos direitos fundamentais que, uma vez invadidos, tornam a medida adotada inconstitucional.

Para tanto, sempre observando o histórico de seu desenvolvimento, os direitos fundamentais colidentes não podem ser anulados ou omitidos, mas, sim, harmonizados. Portanto, a harmonização é a forma de se resolver a colisão de direitos fundamentais, pautada pelo princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios que devem ser atendidos cumulativamente para que o resultado da colisão se torne harmônico. Dois quesitos de natureza fática devem ser observados. De início, por óbvio, deve se verificar se o meio eleito atinge, adequadamente, o fim proposto, sendo que seu resultado negativo nada contribuirá para a harmonização da colisão dos direitos fundamentais.

Deve também ser observada a necessidade da medida que, também no campo fático, analisa primordialmente a eficiência da medida e, em sendo de igual eficiência todas as medidas faticamente possíveis, o grau de lesão do direito em colisão que sofrerá com a medida, sempre primando pelo seu mínimo possível.

Por fim, e aqui o mais importante, a proporcionalidade em sentido estrito. Neste ponto se analisa se a medida, já verificada como possível faticamente, no plano da adequação e necessidade, é justa.

As cláusulas gerais exprimem uma confluência das dimensões dos direitos fundamentais, em especial dos de proteção e dos prestacionais bem como da eficácia horizontal e vertical. Isto, pois se de um lado os direitos fundamentais se prestam a assegurar uma defesa básica do particular, esta defesa deve ser exigida por meio de sua prestação (vertical) ainda que na seara privada (horizontal).

A aplicação das cláusulas gerais respeita, além, o princípio da proporcionalidade, pois resolvem colisão de direitos fundamentais na lide por meio da tríplice análise de seus subprincípios, em especial pelo aplicador do direito, o da proporcionalidade estrita.

Com este sustentáculo constitucional até aqui estudado, confere-se, também ao juiz, obrigação de atender os direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais.

## 4.2 ESTRUTURA E FUNÇÃO

As cláusulas gerais são, em verdade, infiltrações legislativas dos direitos fundamentais no direito privado. Não há modelo específico, mas tem como escopo servir de ligação entre princípios e os fatos propostos.

Por este motivo, são constituídas de termos vagos e abertos, sem traçar a hipótese e sua consequência, mas tão somente seu esboço, para que por ela possam aplicar a função principal dos princípios – mandamentos de otimização, conforme ensina Judith Martins-Costa:

Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhando como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de nova normas.<sup>46</sup>

Importante também a distinção entre termos indeterminados e cláusulas gerais. Enquanto aquelas bastam definir o significado para sua aplicação, as cláusulas gerais exigem uma atuação inovadora do juiz, como dito, prevendo desde a hipótese até sua consequência, como concorda Ruy Rosado Aguiar Junior, citando Judith Martins-Costa:

"Diferentemente de outras normas, formadas através da técnica da casuística, cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez - sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação - , a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério

---

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro/ Judith Martins-Costa e Gerson Branco – São Paulo: Saraiva. 2002. p. 118

ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas, que não estão pré-determinadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam seja dado ao juiz tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências"<sup>47</sup>

Portanto, a aplicação das cláusulas gerais é exercício de concreção. Isto é, se de um lado as regras são caracterizadas pela subsunção do fato à norma, as cláusulas gerais caminham no contrafluxo do raciocínio. Pois a subsunção pretende levar os fatos à regra que melhor lhe regule. A aplicação das cláusulas gerais, pelo contrário, aproxima a regra dos fatos, moldando por meio da concreção.

Assim, em última instância, o destinatário da cláusula é o julgador que deverá, observando o mandamento legislativo aberto e, como fundo de tudo, a constitucionalidade da medida, aplicar o direito, sempre fundamentadamente.

Isto, pois a cláusula geral confere certa liberdade ao juiz quando lhe obriga aplicar a cláusula geral sempre resguardando a aplicação de direitos fundamentais.

A liberdade é conferida para que haja a *concreção*, isto é, para que haja a concretização, realização do direito:

A concretude, ou concreção jurídica, significa “a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar” Em outras palavras constitui “a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar par o indivíduo situado.”<sup>48</sup>

A concreção é necessária ante o dever prestacional do Estado, objeto da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Se de um lado a primeira geração previu a abstenção do Estado, por meio do direito negativo de defesa, evitando seus excessos, a segunda dimensão previu a necessidade de sua intervenção.

---

<sup>47</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais, Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, dia 29.11.1999, por ocasião do lançamento do livro “A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO”, de autoria da Prof<sup>a</sup>. Dra. Judith Martins Costa, disponível em [http://www.ruyrosado.com.br/upload/site\\_producao intelectual/26.pdf](http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/26.pdf), acessado em 7.09.15, p. 12.

<sup>48</sup> REALE, Miguel. O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais, p. 9, apud MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro – São Paulo: Saraiva, 2002, p122.



No âmbito da função do judiciário, o direito prestacional consagra o princípio da proibição da insuficiência. Referida insuficiência não deve ser observada somente como técnicas e procedimentos que visam proteger direitos, mas de meios que se demonstrem eficazes à sua efetiva realização.

A prestação da jurisdição pelo Estado é direito fundamental que não se exaure com o procedimento judicial, mas se completa com a interpretação das cláusulas gerais para a concretização do direito.

As cláusulas gerais são técnicas legislativas com fundamento constitucional direcionadas ao jurisdicionando que, com a liberdade conferida, fará a melhor exegese a melhor garantir os direitos fundamentais e conferir melhor aplicação da jurisdição.

Embora a referida liberdade traga incerteza jurídica pelas cláusulas gerais, motivo pelo qual nenhum ordenamento pudesse ser edificado somente com base nelas, há que se destacar que sua existência moderada no ordenamento acompanha o dinamismo social, contribuindo para a evolução do direito, embora já positivado.

Lembre-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o art. 5º, §1º da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim vincula imediatamente o poder Público, isto é, o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de presta a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade. Essa interpretação judicial, orientada ao cumprimento do dever de presta a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa.<sup>49</sup>

Se num primeiro momento histórico se primou pela inflexibilidade das normas e sua aplicação, com a evolução percebeu-se a falha, retirando o engessamento do direito, conferindo maior liberdade para sua aplicação.

A necessidade que deu gênese àquela época de trazer o Estado para administrar a Justiça não é diferente da que incluiu a técnica legislativa das cláusulas gerais.

---

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

As cláusulas gerais, portanto, vieram ao encontro de atender ao crescente tráfego jurídico sem, contudo, distanciar dos elementos fundamentais já reconhecidos, pelo contrário, conforma o direito, concretizando-o.

Importante salientar que a prestação jurisdicional efetiva não se limita ao reconhecimento dos direitos fundamentais expressos, mas também os implícitos, razão que reafirma a necessidade das cláusulas gerais.

Isto, pois por certo que os direitos fundamentais vão além dos expressos na Constituição Federal, devendo o aplicador do direito observar e garantir os direitos fundamentais implícitos, consoante parágrafo segundo do artigo quinto da Carta Magna determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Importante observar que embora haja a integração da norma aberta à realidade dos autos Juiz não cria, mas *interpreta construtivamente*<sup>50</sup>, devendo ser responsável nessa função e se pautar pelas decisões já proferidas bem como pela jurisprudência produzida sobre o sentido da sua decisão.

Embora a construção jurisprudencial auxilie no preenchimento das cláusulas gerais, não se deve dar vinculação automática aos precedentes, pois os conceitos preenchem as cláusulas gerais são mutáveis, como por exemplo, bons costumes, que ao passar dos anos criou nova forma, podendo ser desconexo com a realidade atual a aplicação como interpretado anteriormente, dificultando na concreção da máxima de otimização.

Uma decisão que aplica uma cláusula geral pode ser revista. Além do parâmetro jurisprudencial, que já auxilia na fixação de um escopo ideológico, não se pode perder de vista a finalidade da própria norma.

Como salientado, a aplicação da cláusula geral exige por vezes a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios e, de outra, a aplicação do princípio da razoabilidade. Analisando estes parâmetros estaremos nos debruçando sobre a qualidade da justificativa da decisão que aplicou a cláusula geral.

---

<sup>50</sup> HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais, 2006, p. 124.

Outrossim, não se exclui a nulidade da decisão que aplica a cláusula geral sem a devida fundamentação, exigência constitucional de todos os julgamentos judiciais.<sup>51</sup>

#### 4.3 CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Importante primeiramente observar que o novo Código de Processo Civil tem característica neoconstitucional. Isto, pois se percebe, pelo seu texto, várias passagens que remetem à Constituição a razão essencial do Novo Código. Bem verdade que ante a hierarquia prescindiria desta ressalva textual, mas, mais que reafirmação da obediência à Constituição Federal, o novo Código justifica e anuncia sua formulação de acordo com os fundamentos da Constituição, como se verifica logo em seu artigo 1º:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Verifica-se que as normas fundamentais também serviram de lastro para a confecção do Novo Código e de acordo com elas deve ser interpretado. Este fato torna ainda mais nítida a justificativa constitucional das cláusulas gerais. Isto, pois, a jurisdição deve se pautar na interpretação constitucional do Novo Código de Processo Civil.

Até então a colisão de direitos fundamentais era harmonizada pelo princípio da proporcionalidade como desdobramento dos princípios como do Estado de Direito, bem como o devido processo legal. Contudo, o Novo Código de Processo Civil prescreve o princípio da proporcionalidade para sua aplicação, demonstrando seu esforço em coadunar as regras com os princípios constitucionais, o que favorece a aplicação das cláusulas gerais processuais. Veja-se, a exemplo, o artigo 8º do novo Código:

---

<sup>51</sup>Constituição Federal - Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Observa-se que a preocupação do novo Código é mais que a efetividade do direito, mas também a sua harmonização com o bem comum. Se a existência das cláusulas gerais tem fundamento constitucional no direito prestacional da proibição da proteção insuficiente, a sua aplicação, quando vislumbrar colisão de direitos fundamentais, deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade, segundo dita o Novo Código.

A cláusula geral executiva, prevista no atual artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil, e no novo Código no artigo 536, §1º, é cláusula geral, conforme se verifica do novo texto:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Como dito, essa previsão tem correspondência no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil e podia causar dúvida quanto à natureza, ou não, de cláusula geral, pois após o termo “medidas necessárias” há o texto “tais como”. Assim, poderia cogitar se o rol das medidas que se seguiam era taxativo ou exemplificativo. Embora a jurisprudência<sup>52</sup> tenha dado conta de firmar tratar-se de rol explicativo, portanto não exaustivo, o Novo Código de Processo Civil extirpou a dúvida logo em seu texto, incluindo o termo “entre outras medidas” no §1º do artigo 536.

Assim, indene de dúvida a natureza de cláusula aberta do citado dispositivo legal, pois deixa ao prudente arbítrio do julgador interpretar qual a melhor medida a ser aplicada para a concretização do direito tutelado.

---

<sup>52</sup> STJ, 2ª Turma, ED no REsp 847.975/RS, rel. Min Castro Meira, j. 24.10.2006, DJ 08.11.2006, p. 179.

A mobilidade jurisdicional conferida pelo legislador com o termo *medida necessária* livra o julgador para melhor aplicação do direito e sua consequente concretização, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

O art. 536, §1º, CPC, rompe com o dogma da tipicidade das decisões judiciais. Mostrando-se a multa coercitiva inidônea para vencer a resistência do demandado e, assim, dar tutela ao direito da parte, pode o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar quaisquer outras medidas necessárias para a obtenção da tutela específica, ainda que mediante um resultado prático equivalente.<sup>53</sup>

Outra cláusula geral que pode ser verificada no Novo Código de Processo Civil é o poder geral de cautela. O atual artigo 798<sup>54</sup> do Código de Processo Civil dispõe a cláusula geral do poder geral de cautela, com correspondência no artigo 301 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Verifica-se o termo “qualquer outra medida”, que confere ao aplicador do direito mobilidade para, nas palavras da lei, “asseguuração do direito”. Isto é, além das tutelas de urgência elencadas no referido artigo, também reconhece como legítimo outro modo de efetivação da tutela de urgência de natureza cautelar, contudo, de forma não prescrita.

Mais uma vez se verifica a atipicidade processual por meio da cláusula geral de poder geral de cautela, como confirma Marinoni:

É possível obter atipicamente tutela cautelar no direito brasileiro – isto é, embora empregado terminologia diversa, o novo Código reconhece o poder cautelar geral do juiz.<sup>55</sup>

Em análise do atual artigo 620 do Código de Processo Civil se depreende cláusula geral do abuso do direito do exequente, reproduzida no artigo 805 do Novo

---

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 577.

<sup>54</sup> Código de Processo Civil, artigo, 798: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código..., p. 314

Código de Processo Civil, diferenciando-se somente pelo emprego da palavra *exequente* ao invés de *credor*.

*Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.*

Referido dispositivo explicita que na persecução do crédito não se deve impor ao devedor algo maior que o próprio direito perseguido, como o fazer sofrer além do direito tutelado, como explica Araken de Assis:

Estatuindo que a execução é econômica, evitando maiores sacrifícios ao devedor que os exigidos pelo resultado, o art. 620 apenas enuncia princípio que governa a intimidade dos meios executórios.<sup>56</sup>

Por certo que, como decorrência lógica do princípio da proibição da proteção insuficiente, a execução se dá em benefício do credor, visando a satisfação do seu crédito. Contudo este direito encontra certos limites, pois se deve aplicar o princípio da proporcionalidade prescrito no citado artigo 8º do Novo Código de Processo Civil e verificar se a medida além de adequada é necessária, ou seja, se ela prejudicará o devedor de maior maneira que outra medida tão idônea quanto.

Porém, como dito, a proporcionalidade deve ser aplicada, pois necessária a harmonização com direito do exequente à satisfação do seu crédito, em última análise, do cumprimento do disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que afirma que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Destarte, não se pode prezar pelo meio menos gravoso ao devedor, sacrificando o resultado útil da execução, pois o subprincípio da adequação prevê, como já visto em capítulo anterior, que entre meios igualmente idôneos se deve escolher o menos gravoso, portanto, sempre zelando pela medida que melhor atenda aos interesses do fim almejado.

A escolha, assim, deve ser entre meios que consigam o resultado prático almejado com a demanda e, a partir daí, observar o que será o menos gravoso ao devedor, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>56</sup> ASSIS, Araken. Manual de Execução - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, 11 ed., p. 102.

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE DINHEIRO EM CONTA-CORRENTE.POSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 620 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BENSINDICADOS DE DIFÍCIL ALIENAÇÃO. SÚMULA Nº 07/STJ. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que é possível a penhora do dinheiro existente em conta-corrente da empresa, em face do não-acolhimento da nomeação dos bens feitos pelo executado, sem que isso configure ofensa ao princípio previsto no art. 620 do CPC, segundo o qual a execução deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes: AgRg no Ag nº 702.913/RJ, Rel. Min. JORGESCARTEZZINI, DJ de 19/06/06; AgRg na MC nº 10.631/SP, Rel. Min.CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 20/03/06; REsp nº 728.484/SP,Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/11/05 e AgRg na MC nº 9.138/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 14/03/05. II - Conforme destacou a Corte de origem, os bens oferecidos à penhora pela recorrente, ora agravante, são de difícil alienação, sendo que, para refutar tal argumento, necessário o reexame do substrato fático-probatório dos autos, o que se torna incabível de ser realizado neste Sodalício, a teor da Súmula nº 07/STJ. III - Agravo regimental improvido.<sup>57</sup>

Verifica-se neste julgado que houve aplicação da cláusula geral ora em tela, pois embora o devedor tenha nomeado bens à penhora, a eficiência destes não atenderia a solvência do débito, mas, sim, o bloqueio de valores na conta bancária do devedor, pelo que foi mantida a penhora.

Outra cláusula geral que se pode verificar é a da boa-fé processual que atualmente prevista no artigo 14 do Código de Processo Civil, tem reprodução no artigo 5º do Novo Código de Processo Civil, que prescreve que *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*<sup>58</sup>

A boa-fé, anteriormente (código Civil de 1916) era abordada pelo viés subjetivo, isto é, observava-se o critério de boa-fé levando-se em conta o que a pessoa de quem se examinava a boa-fé era, ou pensava. Isto é, buscava-se elementos subjetivos do examinando para se atingir o conceito de boa-fé específico.

Atualmente, não há mais essa preocupação subjetiva, mas se estabeleceu um critério objetivo, que se espera do homem médio.

Ainda que a averiguação da boa-fé seja sempre um critério subjetivo, a boa-fé objetiva tenta traçar um horizonte do homem médio e não mais do sujeito particular que se aplica a análise da boa-fé. Assim, a boa-fé que dispõe o citado artigo 5º do Novo Código de Processo Civil é a boa-fé objetiva.

---

<sup>57</sup> Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 18/09/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA.

<sup>58</sup> Lei 13.105/2015, artigo 5º.

O *venire contra factum proprium* é uma manifestação da proteção da boa-fé, pois veda situações que a uma determinada pessoa cria uma confiança de continuidade de conduta e, após, frustra, quebrando a boa-fé objetiva.

O *factum próprio* é a conduta inicial que se pauta a confiança e que deve ser mantida em observância da boa-fé objetiva. Posteriormente ao *factum próprio* verifica-se a confiança que, como a boa-fé objetiva, também deve se pautar pelo homem médio e não pesa subjetividade de quem se espera a confiança. Por fim, deve haver uma quebra desta confiança, resultando em penalidades a serem aplicadas pelo exegeta, não vinculadas pela cláusula geral, como observa Anderson Schreiber:

“(…) se a contradição à conduta inicial se dá por meio de um ato que o ordenamento jurídico já considera ilícito, as sanções a este ato decorrerão de disposições específicas do próprio ordenamento, e não de uma eventual proteção à confiança e à solidariedade nas relações sociais.”<sup>59</sup>

Esta é uma das conclusões que se extrai do princípio da boa-fé processual assegurado pela cláusula geral em comento.

Também mantida pela legislação processual civil atual é a cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária atualmente prevista no artigo art. 1.109 do Código de Processo Civil e mantida no artigo 723, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil que prescreve: *O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.*

Verificam-se as características da cláusula geral, pois possibilita ao magistrado analisar as nuances do caso e aplicar procedimentos diferentes do prescrito pela estrita legalidade.

Insta salientar que, aqui, a faculdade se reveste de verdadeira discricionariedade, pois a teor do referido parágrafo único, o juiz deve considerar a solução mais *conveniente* e *oportuna*.

Assim, poderá o julgante, sempre observando sempre os critérios referidos, decidir fora da estrita legalidade. Há casos, por exemplo, em que a jurisdição voluntária vira contenciosa, pois há interesses controversos, devendo o juiz passar

---

<sup>59</sup> SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório, tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. RIO DE JANEIRO: Editora Renovar, 2005, p. 138



da mera função administrativa inerente a esse tipo de jurisdição, para a judicante propriamente dita, resolvendo conflitos que porventura ocorram durante o trâmite do procedimento.

O Superior Tribunal de Justiça em decisão recente manteve decisão de primeira instância que recebeu petição requerendo a nulidade de arrematação como embargos à arrematação. Isto é, ainda que não previstos processualmente no rito da jurisdição voluntária de rescisão de condomínio sobre coisa imóvel, o julgador, reconhecendo a existência de possível nulidade na arrematação, decidiu por aplicar ao caso a regra da fase expropriatória da execução - embargos.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ALIENAÇÃO JUDICIAL. ARREMATAÇÃO. NULIDADES. APLICAÇÃO DE NORMAS DO PROCESSO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LEGALIDADE ESTRITA.

1. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, é possível que surjam controvérsias entre as partes que exijam do julgador o efetivo exercício da função pública de compor litígios.

2. A teor do art. 1.109 do CPC, não está o juiz vinculado a critério de legalidade estrita, podendo aceitar a invocação de nulidade na forma como feita pela parte.

3. Constatadas nulidades na arrematação, o julgador, no procedimento de alienação judicial em jurisdição voluntária, pode utilizar-se da legislação aplicável ao processo executivo.

4. Recurso especial desprovido.<sup>60</sup>

Estas são algumas considerações e aplicações das cláusulas gerais no Novo Código de Processo Civil que, acompanhando a evolução histórica do Direito, com forte influência neoconstitucional, o texto legal nos aproxima da pós-modernidade a ser concretizada pelo Judiciário.

---

<sup>60</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 1273104/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015

## 5. CONCLUSÃO

As dimensões dos direitos fundamentais refletem a evolução da consciência durante a história, bem como a função do Estado em cada cenário. Se em um primeiro momento pensou-se que seria o bastante a liberdade, posteriormente verificou-se que não bastaria, haja vista o desrespeito entre os homens que culminou na revolução industrial, tendo o Estado que intervir para reestabelecer a igualdade. Contudo, a equidade deve ser estendida a tudo e a todos, não somente entre particulares, ultrapassando-se, a relações entre humanos, indo além, destes com o ambiente em que vivem.

A igualdade, portanto, requer a presença do Estado, que este se torne ativo em sua função reguladora, em especial, a justiça. O direito prestacional, tônica desta dimensão, serve não somente para assegurar os direitos fundamentais de liberdade, garantindo o distanciamento do Estado da relação entre particulares, mas também para preservar os direitos fundamentais nessas relações privadas.

Assim, se inicialmente houve a distanciação do Estado para assegurar os direitos fundamentais, posteriormente este teve de se fazer presente para, também, garantir referidos direitos, seja na relação público privado, seja na relação entre particulares.

Ainda que a Constituição pátria preveja a incidência imediata dos direitos fundamentais, dando liberdade ao jurisdicionando para aplica-los ainda que sob a omissão do legislador, há também a incidência indireta, ou mediata, dos direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais.

As cláusulas gerais servem de ponto de infiltração dos direitos fundamentais nas relações privadas e, mais que isso, pela vagueza que lhe é peculiar, deixa ao critério do magistrado sua melhor aplicação no caso concreto.

A prestação da jurisdição pelo Estado é direito fundamental que não se exaure com o procedimento judicial, mas se completa com a interpretação das cláusulas gerais para a concretização do direito.

Na seara processual civil, por vezes o exegeta verifica a colisão de direitos fundamentais e tem à sua mão cláusula geral que lhe permite e auxilia para encontrar a melhor solução. A forma adotada pela doutrina pátria majoritariamente foi a de resolver por meio do princípio da proporcionalidade. Atualmente o Novo

Código de Processo Civil prescreve esta forma para a aplicação do Direito, com a inovação trazida pelo seu artigo oitavo.

As cláusulas gerais revelam importante técnica legislativa que dá liberdade ao julgador para melhor aplicar o Direito. A par desta importante inovação que já havia sido adotada no novo e atual Código Civil, o novo Código de Processo Civil também trouxe várias já existentes em seu antigo texto (atual), inovando, ainda, com o norte ditado pelo seu artigo oitavo, direcionado ao jurisdicionado que, com a liberdade conferida, fará a melhor exegese a melhor garantir os direitos fundamentais e conferir melhor aplicação da jurisdição.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais, Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, dia 29.11.1999, por ocasião do lançamento do livro “A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO”, de autoria da Prof.<sup>a</sup>. Dra. Judith Martins Costa, disponível em [http://www.ruyrosado.com.br/upload/site\\_producao intelectual/26.pdf](http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/26.pdf), acessado em 7.09.15.

ALEXY, Robert. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 2ª ed., 3ª tiragem, Ed. Malheiros, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, Curso de direito constitucional, 8ª. Ed. Ver. E atual, São Paulo: Saraiva, 2004.

ASSIS, Araken. Manual de Execução - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, 11 ed..

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 3ª reimpressão da edição de julho/2003, Ed: Almeida.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição. 20 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais, 2006.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 17 ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo. Saraiva 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. Jus Navegandi, Teresina, v.9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina.texto.asp?id=6550>. Acesso em: 10 ago. 2015 p. 33

MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro/ Judith Martins-Costa e Gerson Branco – São Paulo: Saraiva. 2002.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 5. ed. – São Paulo: Método, 2011.

REALE, Miguel. O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais, p. 9, apud MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro – São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Ver. Atual e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório, tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. RIO DE JANEIRO: Editora Renovar, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentias: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.