

A ADEQUAÇÃO FORMAL: O FIM DE UM PRINCÍPIO

Pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Origem e evolução da categoria «cláusulas gerais». 3. O que diz a manualística portuguesa sobre as «cláusulas gerais». 4. O artigo 547.º não enuncia um princípio nem acolhe um conceito jurídico indeterminado, formula uma cláusula geral. 5. A adequação formal: sentido e limites. 6. Conclusão.

«Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas»

FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*,
Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981: 547

1. Introdução

A adequação formal, hoje regulada no art. 547.º do código de processo civil⁽¹⁾, teve a sua origem no art. 265.º-A, do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Viu, depois, a sua redacção alterada pelo Decreto-Lei n.º 180/96, 25 de Setembro. Foi transposta para o art. 2.º, *a*), do regime processual experimental (RPE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho, e, finalmente, consagrada no artigo acima citado da reforma de 2013.

(1) Serão deste código os artigos ulteriormente citados sem diferente menção.

Não interessa neste estudo acompanhar toda essa evolução. Quero antes realçar a confusão e incerteza que desde a origem existe quanto à qualificação dessa categoria no quadro geral e prolixo das «criaturas jurídicas».

O universo normativo é cada vez mais complexo: além das clássicas regras, com factispécie abstracta (previsão e estatuição), sujeitas a subsunção, deparamos a toda a hora com uma floresta luxuriante de expressões linguísticas — *cláusulas gerais, conceitos válvulas, válvulas de segurança, válvulas de escape, órgãos respiratórios do ordenamento, órgãos de adequação, normas em branco, noções de conteúdo variável, fórmulas abertas, normas de conteúdo indeterminado, disposições de lei elásticas, conceitos jurídicos indeterminados, standards, princípios, definições legais, classificações legais, disposições meramente qualificativas* — onde não é fácil movimentarmo-nos.

Quem leia o preâmbulo dos decretos acima referidos e aquilo que sobre a adequação formal se escreveu na doutrina fica com a convicção de que a feitura das reformas não foi precedida de um estudo reflectido.

Esta omissão suscita perplexidades e causa embaraços a juristas e juízes.

O art. 265.º-A tem como epígrafe «*princípio da adequação formal*». No RPE, a figura encontra-se incluída no dever de gestão processual. Por sua vez, na redacção actual, suprimiu-se, na epígrafe, o termo «princípio» que anteriormente ostentava.

Na exposição de motivos do Decreto-Lei 329-A/95, começa-se por referir os parâmetros em que assentam as linhas mestras do modelo de processo adoptado, designadamente, «distinção entre o conjunto de princípios e de regras, que, axiologicamente relevantes, marcam a garantia do respeito pelos valores fundamentais típicos do Processo Civil, e aquele outro conjunto de regras, de natureza mais instrumental, que definem o funcionamento do sistema processual; recurso, no primeiro caso, à adopção de **cláusulas gerais**, prevendo-se, sempre que seja caso disso, a sua concretização em diplomas de desenvolvimento»; acrescenta-se que «procura, por outro lado, obviar-se a que regras rígidas, de natureza estritamente procedimental, possam impedir a efectivação em juízo dos direitos e a plena discussão acerca da matéria relevante para propiciar a justa composição do litígio»; «assim, estabelece-se como *princípio geral do processo o princípio da adequação*, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adegue perfeitamente às exigências da acção proposta, a possibilidade de adaptar o processado à especificidade da causa, através da prática dos actos que melhor se ade-

quem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidóneos para o fim do processo».

O Decreto-Lei 180/96, que introduziu, no diploma de 95, as correcções que entretanto o novo governo entendeu necessário fazer, explicando algumas dessas alterações, esclarece, em relação à adequação formal: «No âmbito do **princípio** da adequação formal, a que dá guarida o art. 265.º-A, *princípio* que é expressão do carácter funcional e instrumental da tramitação relativamente à realização do fim essencial do processo, regressa-se à formulação do projecto, condicionando a adequação à prévia audição — mas não ao acordo — das partes. Efectivamente, a adequação não visa a criação de uma espécie de processo alternativo, da livre discricionariedade dos litigantes, mas possibilitar a ultrapassagem de eventuais desconformidades com as previsões genéricas das normas de direito adjectivo».

Por seu turno, o RPE volta a referir-se ao **princípio da adequação formal** previsto no art. 265.º-A, que, como vimos, incorpora no dever de gestão processual, sendo que a exposição de motivos da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, enuncia: «mantém-se e amplia-se o *princípio de adequação formal*, por forma a permitir a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adegue às especificidades da causa que não seja a mais eficiente» (proposta de Lei n.º 113/XII).

Perante este conjunto de afirmações discrepantes e incoerentes, é legítimo formular algumas dúvidas: a adequação formal é um princípio? Se é, o que a distingue das outras criaturas jurídicas, particularmente das cláusulas gerais? Se é princípio, qual a razão que levou o legislador a optar em 2013 por suprimir o termo? Se é princípio, então porque não foi deslocado para o Título I do Livro I, onde se encontram elencados os princípios fundamentais do processo?

Para estas questões não encontramos pura e simplesmente resposta, nem nos textos legislativos, nem na doutrina.

Dir-se-á que o preâmbulo não é o lugar próprio para esclarecer essas questões. Todavia, o legislador, em 1995, não se coibiu de fazer uma apresentação do diploma que pela sua extensão e densidade mais se parece com um artigo doutrinário. Talvez se se tivesse dedicado menos espaço, por exemplo, aos incidentes de intervenção de terceiros, houvesse já lugar para uma reflexão pertinente sobre outras questões não menos relevantes.

Depois da entrada em vigor da reforma de 95/96, conheço apenas uma monografia sobre adequação formal. O que é pouco para um instituto considerado inovador e sem lugar paralelo noutros ordenamentos.

Trata-se do trabalho pioneiro de Pedro Madeira de Brito, *O novo princípio da adequação formal*, incluído na obra *Aspectos do novo processo civil*, Lex, Lisboa, 1997.

Neste estudo não se descortina uma sombra de dúvida quanto à natureza de princípio da adequação formal, como se tal fosse algo de óbvio e natural.

O mesmo vale, de resto, para o trabalho de outros autores, mesmo quando não abordam directamente ou *ex professo* o tema.

Não é pois de estranhar que, na sequência, sem ulterior e mais aprofundada reflexão, a doutrina nacional tenha dado como assente que quando se fala de adequação formal se está a falar de um princípio, compreendido na gestão processual⁽²⁾.

Só em casos raros se vislumbra uma exposição menos alinhada. É o caso de Paulo Ramos de Faria quando, ao analisar a norma vertida na alínea a) do art. 2.º do RPE, escreve: «estamos perante **conceitos indeterminados**, como tal insusceptíveis de serem concretizados através de uma definição estanque»⁽³⁾.

Mas será mesmo a adequação formal um conceito indeterminado? Em que é que este conceito se diferencia de um princípio ou de uma cláusula geral? Não têm todas estas categorias uma identidade própria? Ou são meras técnicas que o legislador pode adoptar de acordo com as conveniências de política legislativa, sem qualquer implicação dogmática?

Foi na tentativa de dar resposta a estas questões que escrevi este artigo. Pretendo demonstrar que a norma contida no art. 547.º não é nenhum princípio, nem um conceito indeterminado; é uma **cláusula geral**, cujo sentido e limites procurarei, muito em síntese, individualizar.

2. Origem e evolução da categoria «cláusulas gerais»

Sabe-se que para o iluminismo «a fim de limitar o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis deveriam determinar-se de tal maneira que vinculassem univocamente o juiz. Uma indeterminação da

⁽²⁾ É o caso, por exemplo, de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de processo civil*, anotado, Vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2008: 512, e *Introdução ao processo civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013: 228, e de CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004: 261.

⁽³⁾ PAULO RAMOS DE FÁRIA, *Regime processual experimental comentado*, Almedina, Coimbra, 2010: 40.

lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em legislador, aparecia contraditória à luz da teoria da divisão dos poderes»⁽⁴⁾.

De acordo com movimento da codificação do século XIX. «o direito resolve-se nas leis do Estado; as leis do Estado fecham-se nas estruturas, fixas e duradoiras, dos códigos civis»⁽⁵⁾.

Para Natalino Irti, o legislador de oitocentos adoptou, na redacção dos códigos, a técnica da factispécie, que «elimina, ou reduz ao mínimo, as cláusulas gerais e os conceitos fluidos: o carácter da imutabilidade é acompanhado da pretensão de completude e da ambição de dar resposta a todos os problemas da realidade»⁽⁶⁾.

Todos estes esperançosos propósitos começam a perder terreno, mesmo antes do dobrar do século, e, não por acaso, no direito civil.

A génese das cláusulas gerais está estritamente ligada à evolução do direito privado alemão, em particular do § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Esta norma estabelece que o devedor está obrigado a efectuar a prestação de acordo com as exigências da boa fé (*Treu und Glauben*), com referência aos usos do tráfico (Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern).

Foi em volta deste texto, e também, em menor medida, do § 138 do BGB (cláusula dos «bons costumes»), que a locução «cláusula geral» se construiu e consolidou como categoria de direito.

Ao crescimento desta categoria ligam-se os nomes de Ernest Zitelmann (1852-1923)⁽⁷⁾, Karl Georg Wurzel (1875-1931)⁽⁸⁾, de Otto Wendt (1846-1911)⁽⁹⁾ e, sobretudo, o de Justus Wilhelm Hedemann (1876-1963), autor da clássica monografia *Die Flucht in der General Klauseln* (1933)⁽¹⁰⁾, que

⁽⁴⁾ KARL ENGISCH, *La Idea De Concreción En El Derecho Y En La Ciencia Juridica Actuales*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1968: 179.

⁽⁵⁾ NATALINO IRTI, *L'Età della decodificazione*, quarta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1999: 23.

⁽⁶⁾ *Ibidem*: 25.

⁽⁷⁾ Este autor da obra *Irrtum und Rechtschäft: Eine psychologischjuristische Untersuchung* (1879) distinguiu os *reine Rechtsbegriffe*, que só faziam sentido no interior do sistema jurídico, dos conceitos que, ao contrário, remetiam a determinação do seu conteúdo para ciências não jurídicas, consistindo numa espécie de «cheques em branco» para o intérprete. Surge pela primeira vez na obra deste autor a característica de «efeito de remissão» típica das cláusulas gerais.

⁽⁸⁾ Jurista austríaco, pertencente à escola de direito livre, cunhou o topos *Ventilbegriffe* «órgãos respiratórios» através dos quais se consegue uma suficiente latitude para uma acção do magistrado socialmente benéfica. É autor da obra *Das Juristische Denken* (1904).

⁽⁹⁾ Autor da obra *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse* (1904), Wendt insistiu sobre a função de salvaguarda para o ordenamento jurídico das cláusulas gerais, tendo usado para isso a metáfora *Sicherheitsventile*.

⁽¹⁰⁾ Hedemann foi um proeminente jurista do nacional-socialismo muito empenhado na feitura de um Volksgesetzbuch.

marca, de certo modo, a consagração de um tema que o próprio Hedemann considerou ser «provavelmente o problema mais importante que se coloca ao juristas do século XX»⁽¹¹⁾.

Não posso acompanhar a produção doutrinária riquíssima que a partir da segunda guerra mundial se elaborou a respeito do tema. Muito em resumo, e a despeito das inúmeras e diversificadas tendências na análise das cláusulas gerais, podemos concluir que em todas encontramos um denominador comum: a função das cláusulas gerais consiste «em permitir — no decurso do tempo e a um *tecido normativo escrito estável* — uma evolução, uma adaptação, uma adequação do sistema jurídico à mudança da realidade económico-social»⁽¹²⁾.

Permitam-me então que dê um rápido salto até Karl Engisch, cuja obra *Introdução ao Pensamento Jurídico* constitui, desde o seu aparecimento, em 1956, uma referência para a ciência jurídica de qualquer país — e seguramente também o foi para a literatura jurídica portuguesa —, e é hoje «uma espécie de Bíblia» para o estudo destas matérias.

Que nos ensina este penalista alemão?

O ponto de vista, no tratamento do tema, «terá de ser a metódica da própria legislação ao afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas»⁽¹³⁾.

Com este enquadramento, English distingue quatro *modos de expressão legislativa*: **conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.**

O que são e como se relacionam estes conceitos?

K. English propõe a seguinte noção de **conceito indeterminado**: «por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos»⁽¹⁴⁾.

À excepção, por exemplo, dos conceitos de medida e de valores monetários, praticamente todos os conceitos têm um maior ou menor grau de indeterminação. Seguindo Philipp Heck, English distingue nos conceitos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual: «sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, esta-

mos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito»⁽¹⁵⁾.

Muitos dos conceitos indeterminados são **conceitos normativos** (v.g. coisa alheia, casamento, afinidade, funcionário público, menor, indecoroso, indigno). Mas nem todos o são: há conceitos indeterminados *descriptivos*, ou seja, que designam «descritivamente» objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma perceptíveis: «homem», «morte», «cópula», «escuridão», «vermelho», «velocidade», «intenção»⁽¹⁶⁾.

Os conceitos *normativos* são uma classe especial de conceitos indeterminados que se caracterizam por ser sempre necessária uma valoração, um preenchimento valorativo, para serem aplicados no caso concreto⁽¹⁷⁾. Portanto, conceitos normativos são essencialmente indeterminação + valoração.

Ao lado, ou pelo menos dentro, dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos estão os **conceitos discricionários**. Os conceitos discricionários para se poderem distinguir dos outros dois devem ter algo a mais que os diferencie⁽¹⁸⁾. Além de indeterminação e normatividade devem possuir a característica da discricionariedade.

De entre os quatro critérios que equaciona como próprios do poder discricionário — ponto de vista pessoal, possibilidade de escolha, espaço de liberdade e multiplicidade de sentidos — English prefere o terceiro: «a convicção pessoal (particularmente a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de “certo espaço de jogo” será havida como sendo a melhor e a “justa”»⁽¹⁹⁾.

Justapostas aos conceitos discricionários, carecidos de valorações individuais autónomas, encontramos outro tipo de expressões legislativas: as **cláusulas gerais**.

Uma **cláusula geral** é «uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos»⁽²⁰⁾.

As cláusulas gerais só condicionalmente significam algo de especial em relação aos conceitos indeterminados, conceitos normativos e conceitos

⁽¹¹⁾ FEDERICO PEDRINI, *Le “Clasole Generali”, Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013. Nesta obra, a p. 53, ss., encontra-se uma breve mas esclarecedora resenha da literatura jurídica alemã e italiana sobre as cláusulas gerais.

⁽¹²⁾ *Ibidem*: 60.

⁽¹³⁾ KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988: 208.

⁽¹⁴⁾ *Idem*.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*: 209.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*: 210.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*: 213.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*: 216.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*: 227/228.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*: 229.

discricionários⁽²¹⁾. «Praticamente, quase só nos aparecem cláusulas gerais que, pelo menos, são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas, ao passo que não pode evidentemente dizer-se que as cláusulas gerais sejam a maioria das vezes também cláusulas discricionárias [antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas (...)]»⁽²²⁾.

As cláusulas gerais não possuem, para English, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. «Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e “provisoriamente” dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. Em contrapartida, outros riscos terão de ser aceites»⁽²³⁾.

Em resumo: deixando de parte os conceitos discricionários, categoria que não interessa considerar neste trabalho, podemos concluir que para English os conceitos normativos pertencem à categoria dos conceitos indeterminados, que estes são os conceitos que têm um conteúdo e um âmbito muito incerto e que as cláusulas gerais não têm autonomia dogmática, antes são o resultado de uma certa maneira de configurar a factispécie da norma, ou seja, trata-se «de factispécies que descrevem um âmbito de casos com grande, elevada generalidade»⁽²⁴⁾.

Em Portugal, o Código Civil de 1966 optou por ser tão completo quanto possível, acabando por aflorar na sua concepção geral, nas palavras de Menezes Cordeiro, «uma metodologia arcaica, adversa à ponderação de interesses e de valores e incapaz de substituir, ao deformado “individualismo” de Seabra, uma qualquer grelha de valorações»⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ *Ibidem*: 232.

⁽²²⁾ *Ibidem*: 233.

⁽²³⁾ *Ibidem*: 233/234.

⁽²⁴⁾ VITO VELLUZZI, *Le Clausole Generali, Semantica e Politica del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2010: 49/50.

⁽²⁵⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização do Direito Civil, I, Aspectos Gerais*, Almedina, Coimbra, 2004: 57.

O legislador de sessenta adoptou um sistema híbrido, misto de regulamentação casuística e de regulamentação por *cláusulas gerais*, em homenagem à *certeza do direito*, mas sem esquecer que sem os «canais por onde se pode insuflar sangue novo no corpo das leis» — as cláusulas gerais — «correria o risco de se mostrar, pouco tempo depois de nascer, ressequido e velho»⁽²⁶⁾.

Todavia, só a partir dos meados da década de oitenta do século XX, sob a influência decisiva da tese de Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, e do ensino de Torres Paulo, no Centro de Estudos Judiciários, se pode dizer que as cláusulas gerais, particularmente a boa fé, ingressam e se consolidam no mundo judiciário.

3. O que diz a manualística portuguesa sobre as «cláusulas gerais»

Lendo a literatura nacional sobre a matéria, identifica-se facilmente a marca do pensamento de English e fica-se com a impressão de que existe ainda alguma incerteza sobre o que deve entender-se por cláusula geral e *si licet* uma certa confusão na terminologia utilizada e na delimitação conceitual.

Luigi Mengoni chama a atenção, num artigo de 1986, para que «ainda que não faltem na nossa literatura recentes contributos importantes, a matéria das cláusulas gerais aguarda ainda uma sistematização teórica definitiva quer no plano de apropriados modelos argumentativos, quer no plano dogmático»⁽²⁷⁾. Podemos dizer o mesmo, *mutatis mutandis*, quanto à literatura jurídica portuguesa.

Se perguntarmos, por exemplo: 1.º As cláusulas gerais têm identidade própria enquanto criaturas deônticas?; 2.º As cláusulas gerais são meros sintagmas ou normas, normas ou parte de normas?; 3.º Como são caracterizadas as cláusulas gerais?; 4.º Se, como frequentes vezes se refere, o que caracteriza as cláusulas gerais é a sua indeterminação, como se distingue este conceito de outros tais como ambiguidade, generalidade, vaguidade, *genericità*, etc.?; 5.º Como se concretizam ou se confere conteúdo às cláu-

⁽²⁶⁾ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “A revisão geral do Código Civil, Alguns factos e comentários”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXII (1946): 485-487.

⁽²⁷⁾ LUIGI MENGONI, “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Scritti, I, Metodo e Teoria Giuridica*, Giuffrè Editore, Milano, 2011:168.

sulas gerais?, perguntas obrigatórias no tratamento do tema, dificilmente encontramos nos manuais disponíveis uma resposta e muito menos uma resposta clara e argumentada.

Acresce que se usam nomes diferentes para tratar do mesmo conceito e outras vezes o mesmo nome para lidar com conceitos diferentes.

Ora, como diz Francesco Carnelutti «se os juristas devem entender-se entre si, é preciso que ao menos usem certas palavras fundamentais com o mesmo significado. De outro modo a nossa ciência transforma-se numa torre de Babel»⁽²⁸⁾.

O conceito de cláusula geral se não for rigorosamente distinguido de outras estruturas normativas, deixa de ter qualquer utilidade operativa⁽²⁹⁾.

O tema das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados tem sido versado sobretudo no âmbito das disciplinas propedêuticas do direito. Não há em Portugal estudos sectoriais sobre as chamadas «válvulas de segurança» do direito. Escusado será dizer que nada se encontra na literatura processual sobre o tema, ao contrário, por exemplo, do que acontece no Brasil onde os manuais dedicam já um capítulo às cláusulas gerais processuais⁽³⁰⁾. Também em Itália, em recente manual, se dá uma importância particular aos aí considerados conceitos indeterminados, em correlação com o sindicato da *Corte di cassazione*, o que não era muito habitual acontecer em literatura deste tipo⁽³¹⁾.

Na manualística portuguesa de direito privado⁽³²⁾ podemos começar por referir os autores que não se debruçam sobre o tema ou não lhe dão

⁽²⁸⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, *Diritto Sostanziale e Processo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006:209.

⁽²⁹⁾ LUIGI MENGONI, “Spunti...”, *op. cit.*: 169. Contra, defendendo que as cláusulas gerais «são impossíveis de definir em absoluto» e que é improdutivo relacionar cláusulas gerais com conceitos indeterminados, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1984: 1183.

⁽³⁰⁾ FREDIE DIDIER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, 1, 21.ª ed., Editora Juspodium, Salvador, BA, 2019:59, ss. Este autor considera cláusulas gerais processuais o *devido processo legal* e ainda as seguintes: a) a cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição (art. 3.º, § 2.º); b) cláusula geral da boa fé processual (art. 5.º); c) cláusula geral de cooperação (art. 6.º); d) cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190.º); e) poder geral de cautela (art. 301.º); f) cláusulas gerais executivas (arts. 297.º, *caput*, e 536.º, § 1.º); g) cláusula geral do abuso do direito pelo exequente (art. 805.º); h) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723.º, par. ún.), etc. Não me parece que todos sejam exemplos de cláusulas gerais.

⁽³¹⁾ MAURO BOVE, *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, Sexta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020: 40 e 411.

⁽³²⁾ Apenas à manualística me vou referir. Por uma questão de economia deixo intencionalmente de fora das minhas observações, as obviamente ricas abordagens feitas por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador; Contributo para Compreensão das*

especial relevância, como se o tema não fosse, como lembra Vito Velluzzi, «um dos mais desafiantes e controversos da cultura jurídica contemporânea»⁽³³⁾ (é o caso v.g. de José Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Livraria Petrony, 1972; de José João Gonçalves de Proença, *Introdução ao Estudo do Direito*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1995; de Nuno Sá Gomes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Jus, Lisboa, 2001; de Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007; de Eduardo Norte Santos Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Sintra, 2008; de A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2011 e de Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014).

De entre o grupo de autores que, ao invés, lhe dedicam importância e o apresentam com desenvolvimentos, aliás muito desiguais, podemos constatar que nem todos reconhecem as cláusulas gerais como categoria dogmática.

É este o caso, por exemplo, de Miguel Teixeira de Sousa. Na sua obra *Introdução ao Direito* uma só vez, em nota de rodapé, e mesmo assim em citação de um autor estrangeiro, se encontra o termo «cláusula geral»⁽³⁴⁾.

Teixeira de Sousa usa sempre a expressão «conceitos indeterminados» para designar, à maneira de K. Engisch/P. Heck, «conceitos de extensão variável, ou seja, conceitos vagos» que «comportam quanto ao seu significado, um núcleo e um halo ou uma zona iluminada e uma zona de penumbra», dando como exemplos os conceitos de «diligência de bom pai de família» (art. 487.º, 2, CC), «justa causa de despedimento» (art. 53.º CRP), «boa fé» (arts. 3.º, 1, 227.º, 334.º e 762.º, 1, CC), «bons costumes» (280.º, 2, 282.º, 1, 334.º, 340.º, 2 e 2186.º CC), «alteração anormal das circunstâncias» (art. 437.º CC), «justa causa» (461.º, 1, e 1170.º, 2, CC), «motivo ou caso de força maior» [321.º e 1072.º, 2, c), CC], «questão de particular importância» (1091.º, 2, CC), «ruptura definitiva do casamento» [art. 1781.º, c), CC], «tempo útil» (art. 1162.º CC), «utilização imprudente» [art. 1135.º, d), CC], «interesse do menor» (art. 1905.º, 1 e 2 CC), «interesse dos filhos» (art. 1878.º, 1, CC), «superior interesse da criança»

Normas Constitucionais Programáticas, Coimbra Editora, Coimbra, 1982: 435, ss., ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé No Direito Civil*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1984:1176, ss., e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Típicos*, Almedina, Coimbra, 1995:392, ss.

⁽³³⁾ VITO VELLUZZI, *Le Clausole Generali...*, *op. cit.*: IX.

⁽³⁴⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2018: 307, nota 19. Nesta obra encontram-se referência à categoria de conceitos indeterminados nas seguintes páginas: 136, 266, 305, 307, 325, 334, 335, 341, 451 e 459.

(1974.^o1, CC)⁽³⁵⁾, sem explicar a razão pela qual decidiu adoptar uma fórmula linguística diferente para classificar algo que muitos outros autores antes dele classificaram como cláusulas gerais.

De entre os restantes autores que aceitam falar em *cláusulas gerais* e para quem tal faz doutrinariamente sentido, há os que entendem que se trata tão-só de um outro nome que se dá aos *conceitos indeterminados*, estes caracterizados por serem «conceitos móveis e elásticos, aptos a receber as influências evolutivas da vida social» tais como as noções de dolo, culpa, fraude, abuso, dano, justo preço, justa indemnização, cumprimento exacto, soma excessiva, diligência de um bom pai de família, etc.⁽³⁶⁾, e outros que vão mais além e introduzem aquela expressão na dogmática jurídica.

Pertencem ao primeiro grupo Rui Moura Ramos, quando a propósito do conceito de ordem pública internacional escreve tratar-se «de um *conceito indeterminado ou cláusula geral* porquanto permite tomar como certo as circunstâncias particulares do caso concreto transferindo para o juiz a tarefa de concretizar a disposição legal no momento da sua aplicação, o que é característica dos sectores abertos do direito»⁽³⁷⁾ e José de Oliveira de Ascensão, quando, ao versar os diferentes processos de individualização na aplicação da norma, alude, sem distinguir, a «*preceitos indeterminados ou cláusulas gerais*», o que acontece, v.g. quando se fala em «justo impedimento», «fraude» ou em «diligência normal»⁽³⁸⁾. Nestes autores há, pois, uma sobreposição entre as duas figuras.

Só o segundo grupo reconhece autonomia dogmática à categoria das cláusulas gerais. Sem carácter de exaustividade, citem-se a respeito

⁽³⁵⁾ *Ibidem*: 136, 266 e 306/307.

⁽³⁶⁾ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1.^o Vol., 11.^a ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2000: 461.

⁽³⁷⁾ RUI MOURA RAMOS, “STJ (1.^a secção), Acórdão de 14 de Março de 2017 (Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e ordem pública internacional)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146 (2016-2017): 290.

⁽³⁸⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Lusó-Brasileira*. 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997: 238. Este autor dedicou, mais próximo de nós, um artigo às cláusulas gerais — “Um direito de cláusulas gerais? Sentido e limites”, *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, 33.2, 2013 —, que diz serem «polos ou critérios normativos de valoração, que presidem à interpretação e aplicação de regras jurídicas. São elementos que injetam sentido e substância na ordem normativa, de modo a enriquecê-la, para se tornar uma ordem valorativa mesmo quando não há mudança de leis. Podemos dizer que constituem ainda *preceitos*, mas não são *regras* como as outras, e muito menos *cláusulas*. Não pautam um tipo de relação, antes presidem à interpretação e sobretudo à aplicação das regras jurídicas, introduzindo sentido e substância na aplicação» (p. 302), não as distinguindo dos conceitos indeterminados, a que não faz qualquer alusão.

J. Baptista Machado, Miguel Nogueira de Brito e Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão.

Baptista Machado caracteriza as cláusulas gerais pela sua «maior abertura [em relação à regulamentação casuística], que alarga o seu campo de aplicação, deixando bastante indefinidos os casos a que virá a aplicar-se»⁽³⁹⁾.

Este autor não caracteriza as cláusulas gerais no confronto com os conceitos indeterminados, que diz serem «carecidos de preenchimento valorativo» — como os de «boa fé», «bons costumes», «ordem pública», «interesse público», «justa causa», «motivo justificado», «diligência exigível», «prazo razoável», «facilidade do trânsito», «caso de urgência», «actividade perigosa» — «assim como aquelas conotações dos enunciados legais que remetem para dados e regras da experiência com um conteúdo flexível» — como, p. ex. os conceitos de «uso do tráfico», «coisas fungíveis [...], etc.»⁽⁴⁰⁾, mas sim em contraposição com a regulamentação casuística.

A indeterminação, para Baptista Machado, parece ser o resultado da utilização de conceitos carecidos de valoração. Todavia, é um dado adquirido que os conceitos jurídicos têm uma ineliminável margem de indeterminação, pelo menos enquanto pertencentes à linguagem ordinária e não à da técnica ou da ciência⁽⁴¹⁾.

Por isso, o único critério para atribuir a qualificação de cláusula geral a um conceito jurídico é para Baptista Machado, se não erro, um critério quantitativo: seriam cláusulas gerais aqueles conceitos indeterminados «com *maior abertura*» em relação às «normas em que se adopta o processo casuístico da tipificação das diversas situações a regular»⁽⁴²⁾.

Mas se assim é, as cláusulas gerais só se distinguem das outras expressões linguísticas juridicamente relevantes sob um perfil quantitativo, o que não serve verdadeiramente para as diferenciar.

Como observa Claudio Luzzati, a vaguidade é uma questão de limites. Um termo diz-se vago só nos casos limite (*borderline cases*), nos casos onde surge uma zona de penumbra ou de meia-luz. Quando se pode dizer que uma pessoa é careca? Quando se pode concluir que um monte de

⁽³⁹⁾ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983: 116.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*: 114.

⁽⁴¹⁾ RICCARDO GUASTINI ensina-nos que o direito é duplamente indeterminado: a indeterminação atinge o ordenamento enquanto tal e, por outro lado, cada uma das suas componentes, ou seja, cada uma das suas normas, *Prima Lezione Sull'interpretazione*, Mucchi Editore, Modena, 2019:21.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*: 116.

areia deixa de ser monte? Como não existe um cabelo crítico que discrimine a calvície da não calvície, nem um grão crítico que separe o monte do não monte não se pode recorrer a um critério quantitativo para diferenciar as cláusulas gerais dos restantes conceitos elásticos⁽⁴³⁾.

Manifestamente influenciado por Baptista Machado, Nogueira de Brito entende as cláusulas gerais como mera técnica de expressão de proposições jurídicas que pode actuar através quer de conceitos determinados, quer de conceitos indeterminados: «o traço distintivo da cláusula geral consiste, pois, na respectiva oposição a uma regulamentação tipificada e fechada, caracterizando-se por uma grande abertura, deixando indefinidos os casos a que virá a aplicar-se»⁽⁴⁴⁾.

Uma última palavra para Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão. Estes autores distinguem cláusulas gerais e conceitos indeterminados — ambos com igual função de assegurar «uma maior maleabilidade na compreensão da realidade de factos mutáveis, propiciando uma maior durabilidade do Direito, que deixa de precisar de ser alterado com frequência para se adaptar ao devir social» —, por as primeiras não facultarem critérios de interpretação, ao invés dos segundos «que ainda propiciam alguns critérios interpretativos»⁽⁴⁵⁾.

4. O artigo 547.º não enuncia um princípio nem acolhe um conceito jurídico indeterminado; formula uma cláusula geral

As cláusulas gerais não são conceitos de direito positivo, não têm o seu conteúdo especificado em qualquer texto de origem legislativa, nem nestes textos são mencionadas. Trata-se de uma categoria da linguagem doutrinária.

O mesmo não se pode dizer acerca de uma outra categoria, a de *princípio*, utilizada com frequência nos textos legislativos.

⁽⁴³⁾ CLAUDIO LUZZATI “Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica”, *Principi e Clausole Generali Nell' Evoluzione Dell' Ordinamento giuridico*, (a cura di Giovanni D' Amico), Giuffrè Editore, Milano, 2017: 23.

⁽⁴⁴⁾ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017: 314.

⁽⁴⁵⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lex, Lisboa, 2000: 72. Estes autores dão como exemplo de conceito indeterminado a «base do negócio».

Foi com esta categoria, que constava, recorde-se, na epígrafe do anterior art. 265.º-A, que o legislador de 95 e a doutrina que depois se debruçou sobre aquele preceito passou a involucrar a adequação formal.

Estou firmemente convencido de que erigir a adequação formal em princípio é, mais do que estéril, prejudicial.

A adequação só poderia confundir-se com um princípio se se atribuísse significado distintivo à característica da indeterminação, comum a ambos os casos. Mas como já vimos, não há normas absolutamente vagas nem normas absolutamente precisas. Todas os conceitos jurídicos são necessariamente indeterminados. Como observa Claudio Luzzati «qualquer norma é vaga até certo ponto»⁽⁴⁶⁾. Por outro lado, não existe critério incontestável para estabelecer quando uma norma é «muito vaga».

São particularmente elucidativas as seguintes palavras daquele autor italiano: «[...] as *cláusulas gerais* mesmo podendo fazer parte de um princípio, não transformam automaticamente num princípio as normas que as contém. As normas que compreendem uma cláusula geral são normas sobre normas, tal como os princípios, mas uma coisa é remeter para outras normas para *integrar* a norma de partida (pense-se ao senso comum de pudor *ex art. 529.º c.p.*) e uma outra é ao invés referir-se a uma outra norma para a *justificar*. E a mim parece-me que só este último caso diz respeito aos princípios»⁽⁴⁷⁾.

A adequação formal não tem qualquer função justificativa e não é uma norma abstracta sobre outra norma abstracta. Quando muito é uma norma abstracta sobre uma norma concreta: a criada pelo juiz para o caso sujeito.

De outro ponto de vista, as cláusulas gerais não são princípios se com tal termo se quiser aludir às normas-base do sistema, ou de uma parte deste, que são as que permitem que o sistema possa subsistir como ordenamento efectivo das relações de vida de uma determinada sociedade; não são princípios se se quiser mencionar as normas-guia, entendidas no sentido em que indicam a orientação ético-política em que determinado sistema se insere, servindo assim para o caracterizar do ponto de vista ideológico.

Não creio que haja dificuldade em perceber que a norma do art. 547.º não constitui fundamento de um conjunto de normas (quando muito de uma outra norma) nem qualquer trave-mestra onde se apoiem outras normas.

Admitindo que não é um princípio, a norma do art. 547.º também não pode considerar-se um conceito indeterminado.

⁽⁴⁶⁾ CLAUDIO LUZZATI, *Principi e Principi*, La genericità nel diritto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012:34.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*: 36.

Salvatore Patti lembra que na doutrina alemã tem sido proposta delimitação dos conceitos jurídicos indeterminados com referência à presença ou não, na norma, de um «núcleo conceitual» (*Begriffskern*). «As normas que contém conceitos jurídicos indeterminados possuem o acima mencionado núcleo conceitual (determinado) e este está acompanhado de ulteriores termos de conteúdo indeterminado: só estes últimos necessitam de concretização. No caso das cláusulas gerais, pelo contrário, nota-se inclusive a falta do núcleo conceitual e está ao invés presente a remissão para conceitos não jurídicos, sobretudo de natureza moral. Os exemplos mais significativos são os da boa fé (§ 242 BGB); de bons costumes (§ 138 BGB), de equidade (*Billigkeit*) entendida como justiça do caso concreto, assim como, o de “confiança” (*Vertrauen*).

Nestes casos a indeterminação não respeita somente um ou mais “termos” que acompanham o núcleo conceitual todavia existente e individualizável, mas sim à norma na sua inteireza, abraçando o inteiro espectro conceitual, caracterizado pelo mais elevado grau de abstracção⁽⁴⁸⁾.

Mesmo sabendo-se que não é fácil distinguir um termo indeterminado de outro igualmente indeterminado, também na doutrina italiana ou espanhola, se distinguem os conceitos indeterminados *stricto sensu* das cláusulas gerais.

São várias as teorias a esse respeito. Para uns, aqueles primeiros conceitos conservam um núcleo de significado jurídico suficientemente determinado, o que não ocorre nas cláusulas gerais, que se esgotam na remissão para conceitos extra-jurídicos⁽⁴⁹⁾.

Uma outra corrente observa que no caso dos conceitos indeterminados a indeterminação permanece a um nível exterior, ou seja relativa à técnica de formulação do conceito, o que não ocorre com as cláusulas gerais que carecem do preenchimento do seu conteúdo⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ SALVATORE PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2016: 66/67.

⁽⁴⁹⁾ FABRIZIO DI MARZIO, “Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali”, *Principi e Clausole Generali Nell' Evoluzione Dell' Ordinamento giuridico...*, op. cit.: 129 e *La ricerca del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021: 88, ss. Sobre a diferença entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, na literatura de expressão castelhana, Agustin Luna Serrano, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, S.L, Madrid, 2019: 161, ss.

⁽⁵⁰⁾ O exemplo dado por Fabrizio di Marzio de conceito indeterminado com o sentido do texto é *motivo legittimo* que autoriza, em conformidade com o art. 1206.º CC, o credor a recusar o cumprimento, «salientando tratar-se de uma fórmula que sintetiza o conjunto das regras legais em matéria de incumprimento cuja desatenção integra o motivo legítimo em questão».

Uma terceira corrente remete para a técnica legislativa (recurso nas cláusulas gerais a um método descritivo de grande generalidade, que abraça um número indefinido de casos através de uma descrição unitária da factispécie).

Para uma quarta corrente, os conceitos indeterminados identificam-se no contexto de uma factispécie ao passo que as cláusulas gerais já seriam normas por inteiro.

Uma quinta corrente separa os conceitos que implicam, simplesmente, valorações dos que implicam a identificação de uma verdadeira e própria regra de conduta de natureza extra-legal.

Finalmente, uma sexta corrente caracteriza as cláusulas gerais como *normas de acção*, que podem dar lugar, em relação ao conflito a resolver mediante a respectiva concretização, ao nascimento de direitos autónomos ou à extinção de obrigações. Por sua vez, os conceitos indeterminados seriam *normas de fim* que encerram um propósito, um dever de dar lugar a um certo estado de coisas⁽⁵¹⁾.

Não me parece ser necessária grande reflexão para afastar a proposição contida no art. 547.º da categoria dos conceitos indeterminados. Nela não se pode identificar um núcleo conceitual *versus* um halo periférico, este carecido de preenchimento valorativo, mas sim uma norma por inteiro, que remete para uma norma concreta a criar pelo juiz. Do aplicador exige-se mais do que a determinação da amplitude normativa ou do que a identificação dos pressupostos de facto da norma.

Podemos então afirmar-se que o art. 547.º acolhe uma cláusula geral?

Depende do ponto de vista e da definição de cláusula geral que adotarmos. Para Vito Velluzi, uma cláusula geral é um termo ou sintagma do discurso jurídico. Para este autor, «a cláusula geral é um termo ou sintagma de natureza valorativa caracterizado pela indeterminação, cujo significado de tal termo ou sintagma só é determinável (ou dito de outra forma as condições de aplicação do termo ou sintagma só são individualizáveis) recorrendo a critérios, parâmetros de juízo, internos e/ou externos ao direito entre si potencialmente concorrentes»⁽⁵²⁾.

Já para outro autor italiano, M Libertini, as cláusulas gerais são verdadeiras normas que ele define da seguinte forma: «são *normas*, contendo expressões indeterminadas, que individualizam situações de conflito entre interesses igualmente tutelados pelo ordenamento e delegam no juiz a determinação do critério de ponderação de tais interesses, que deverá ser aplicado

⁽⁵¹⁾ AGUSTIN LUNA SERRANO, *Las normas...*, op. cit.: 162.

⁽⁵²⁾ VITO VELLUZI, *Le clausole generali...*, op. cit.: 88.

no caso concreto, na sequência de uma constatação da situação concreta de conflito e de valoração comparativa dos interesses em jogo»⁽⁵³⁾.

Se adoptarmos a definição de Velluzi, a adequação formal não é uma cláusula geral porquanto se formaliza através de uma disposição e não de uma locução⁽⁵⁴⁾. Não é um sintagma ou um fragmento do discurso jurídico, mas uma *disposição*. Já em relação à definição de Libertini, encontramos uma ideia que importa aprofundar e que se pode estender à adequação formal: a ideia de delegação no fabrico de normas.

Deve-se a Luigi Mengoni a tese de que «as cláusulas gerais não são nem princípios dedutivos, nem princípios de argumentação dialéctica, mas concedem ao juiz uma medida, uma directiva para a procura da norma de decisão: são uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem um modelo de decisão pré-constituído por uma factispécie normativa abstracta»⁽⁵⁵⁾; «de normas de remissão (para outras normas), tal como eram concebidas na origem, as cláusulas gerais transfiguraram-se em normas de directiva, que delegam no juiz a formação da norma (concreta) de decisão vinculando-o a uma directiva expressa através da referência a um standard social»⁽⁵⁶⁾.

Pois bem: o art. 547.º involucra a delegação ao juiz do poder/dever de criar a tramitação processual que melhor se adegue às especificidades da causa, tendo presente o escopo de um processo equitativo; mas tal directiva não se exaure na prossecução de um escopo, antes indica uma conduta que o magistrado deve ter para concretizar a forma processual que melhor se ajuste ao caso e às particularidades de que se reveste.

O juiz, a partir de uma norma que acolhe uma formulação aberta, é chamado a participar na formulação de uma norma adequada ao caso. Ou dito de outro modo: o legislador atribui ao juiz o poder de levar a cabo, mediante a procura de elementos externos à própria norma, a tarefa de «inventar» a regra concreta mediante a aplicação da qual pode resolver o caso particular.

Em resumo: a adequação formal deve ser considerada uma cláusula geral e não um princípio ou um conceito jurídico indeterminado.

⁽⁵³⁾ PIERLUIGI CHIASSONI, “Las cláusulas generales entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21 (Julio-Diciembre de 2011):98. Este autor entende que a discussão entre os seguidores de Velluzi e os apoiantes da tese de Libertini é inútil, porquanto as cláusulas gerais apresentam-se como disposições ou normas ou como locuções.

⁽⁵⁴⁾ Chiassoni opina que um aparelho conceptual analítico devia distinguir, pelo menos, as seguinte quatro coisas: a) As cláusulas gerais — *locuções*; b) As cláusulas gerais — *disposições*; c) As cláusulas gerais — *normas explícitas*; d) As cláusulas gerais — *normas implícitas*.

⁽⁵⁵⁾ LUIGI MENGONI, “Spunti...”, *op. cit.*: 172.

⁽⁵⁶⁾ *Idem*.

5. A adequação: sentido e limites

Prescreve o art. 547.º, sob a epígrafe **adequação formal**: *o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo*.

Esta norma refere-se quer à ordenação formal dos actos, quer à adequação da forma dos actos processuais esta segundo uma ideia de economia processual e de instrumentalidade de meio ao fim que já consta do art. 131.º, 1. Agora só nos interessa considerar o primeiro aspecto.

O art. 547.º encontra-se inserido num capítulo referente às disposições gerais das formas do processo, logo a seguir a um outro que divide aquelas formas em forma comum ou especial, consoante se aplique aos casos expressamente designados na lei, a segunda, ou a todos os casos a que não corresponda processo especial, a primeira.

A determinação das formas de processo pode, em tese, ser deixada às partes, ao juiz ou reservada ao legislador.

A nossa lei não permite que sejam as partes a determinar as formas judiciais. O nosso sistema é misto: misto de **processo rígido**, em que a sequência de actos em que o processo se traduz é determinada por lei, e de **processo maleável**, em que essa sequência é determinada pelo juiz⁽⁵⁷⁾.

Ao sistema da liberdade das formas processuais, por muitos pensada como ideal, contrapôs-se e impôs-se desde há muito, por uma razão de certeza, o sistema da legalidade, de acordo com o qual a actividade que conduz a um pronunciamento judicial, para ter eficácia jurídica, deve ser desenvolvida no modo e com a ordem que o direito processual, de forma geral e abstracta, prescreve.

Porém, perante uma recorrente degenerescência formalística do processo, entre o sistema da legalidade e da liberdade, introduziu-se um terceiro sistema, chamado por Piero Calamandrei **disciplina judicial da forma**, «de acordo com o qual as formas processuais não seriam deixadas sem disciplina ao arbítrio das partes, mas seriam sujeitas em qualquer procedimento às especiais regras fixadas caso a caso pelo próprio juiz perante o qual o procedimento se inicia»⁽⁵⁸⁾.

Este sistema não se confunde com as chamadas técnicas de *adaptabilidade do processo às exigências da causa* que se traduzem numa «combi-

⁽⁵⁷⁾ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, I Vol., AAFDL, 1997: 40.

⁽⁵⁸⁾ PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1941: 180.

nação do princípio da *legalidade* com o da *pluralidade* das formas: o juiz e as partes devem seguir, por regra, as formas estabelecidas na lei, mas podem escolher caso a caso entre os vários tipos que a lei deixa à sua disposição»⁽⁵⁹⁾.

Perante um caso concreto, por exemplo, uma acção proposta, distribuída e autuada como processo especial de revisão de uma sentença de tribunal estrangeiro, o juiz, para aquilatar a correcção da forma processual, deve seguir os seguintes passos: 1.º verificar, no código de processo civil (sobretudo no Livro V-Dos processos especiais, arts. 878.º a 1135.º) e em legislação avulsa, se algum dos processos aí consagrados corresponde ao caso sujeito; 2.º se concluir pela positiva, o processo tramitará de acordo com a forma escolhida; 3.º se concluir pela negativa, corrigirá o erro *ex art.* 193.º, 3, e a acção passará a tramitar sob a forma comum⁽⁶⁰⁾. Esta actividade deve ser agora articulada com o disposto no art. 547.º que se integra na aludida disciplina judicial da forma.

Esta norma não pode ser entendida como tendo acolhido uma terceira via processual ao lado da especial e da comum, de tal modo que o juiz se sinta obrigado a previamente excluir a adequação para poder prosseguir o processo sem nulidades que o invalidem. Não reputo, pois, correcto, que se saneie o processo quanto à adequação processual.

A lei diz que o juiz deve *adotar* a tramitação processual adequada. **Adotar** significa escolher, decidir-se por, dar preferência a, pôr em prática, aplicar, etc. Adotar não é adaptar, que significa algo diferente, isto é, ajustar ou acomodar uma coisa à outra, dar nova apresentação a uma coisa já existente, ajustar ou acomodar duas entidades.

Quer isto dizer que o juiz não está sujeito, na concretização do art. 547.º, a qualquer tramitação preestabelecida, podendo construir a tramitação que entenda que, perante os dados factuais e os ditames de um processo equitativo, melhor se adapte à acção em concreto. Mas tal não

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*: 223. Constituem exemplos desta técnica: no direito francês prevêm-se três tramitações diferentes dos processos pendentes em primeira instância: o presidente pode remeter a causa de imediato para a audiência, se considerar que está pronta para uma decisão de mérito (art. 778.º c.p.c.); se tal não suceder segue-se a *instruction devant le juge de la mise en état* (art. 779.º); em casos de urgência, pode seguir-se a via do *procédure à jour fixe* (arts. 840.º, ss.); no direito alemão, o presidente do tribunal tem a faculdade de optar pelo tratamento oral da causa numa audiência preliminar ou por um procedimento escrito preparatório [§ 272 (2) ZPO]; no direito inglês, o juiz pode fazer o processo percorrer três circuitos (*tracks*) diferentes: *small claim track*, *fast track* e *multi-track*. Ora todas estas figuras estão fora da adequação formal e com elas não se confundem. Nestes casos é o próprio programa cogente que incorpora os vários caminhos.

⁽⁶⁰⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1949:284, ss.

exclui que adapte aquela tramitação, como se o processo fosse uma espécie de LEGO, constituído por peças desmontáveis, que se voltam a encaixar umas nas outras, depois de desmontadas, numa nova combinação.

Como refere *Teixeira de Sousa*, «as hipóteses de utilização do poder de adequação formais são inúmeras, quer no âmbito mais alargado de substituição da tramitação legal, quer no âmbito mais restrito de mera adaptação dessa tramitação. Efectivamente, o poder de adequação formal permite a construção, em bloco, de uma tramitação alternativa para o processo (arquitectando quer um processo mais complexo, quer um processo com características de sumariedade ou até mesmo de urgência), mas também possibilita a mera adaptação de alguns aspectos da tramitação legal»⁽⁶¹⁾.

O significado do enunciado normativo afasta-nos da lógica tradicional da subsunção. Se fosse determinado o conteúdo da regra jurídica, a aplicação da norma implicaria a operação da subsunção do caso concreto na previsão abstracta e geral. O art. 547.º, ao invés, inverte completamente aquela lógica subsuntiva: não é a acção concreta que é subsumida no art. 547.º, é a constituição da forma adequada às peculiaridades da causa que serve de conteúdo e concretiza a norma legal. Ou dito de outro modo: ao passo que no caso das regras casuísticas ordinárias há lugar, silogisticamente falando, a uma premissa maior constituída pela norma e uma premissa menor constituída pelo facto sujeito a julgamento, no caso do art. 547.º a ordem inverte-se, de tal modo que «a proposição normativa considerada oferece unicamente ao juiz um inicial ponto de referência (um *starting point*, como dizem os ingleses) de que partir para que logo lhe sirva de “presilha” (de *Aufhänger*, segundo expressão dos alemães) da *regula iuris* de formação judicial na base da qual o caso a julgar tenha a oportuna solução»⁽⁶²⁾.

Importa também separar a adequação da jurisdição de equidade. Baptista Machado distingue o “*ius strictum*” do “*ius aequum*”, sendo este último a parte dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, e Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Calvão dão como exemplos paradigmáticos de cláusulas gerais a boa fé e a equidade.

Ora se English fala do «Direito equitativo» (*ius aequum*) a propósito daqueles «conceitos desvinculantes»⁽⁶³⁾ e se Canaris, citando Wilburg,

⁽⁶¹⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, 43, pp. 11/12.

⁽⁶²⁾ AGUSTIN LUCA SERRANO, *Las normas...*, *op. cit.*: 224.

⁽⁶³⁾ KARL ENGLISH, *Introdução...*, *op. cit.*: 234.

refere que as cláusulas gerais são sempre caracterizadas como «pontos de erupção da equidade»⁽⁶⁴⁾, a verdade é que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados operam segundo modalidades diversas da equidade.

Podemos diferenciar a *equidade substitutiva* da *equidade «integrativa»* ou *supletiva*⁽⁶⁵⁾. A equidade substitutiva é a que se encontra prevista no art. 4.º do CC e que implica a «atribuição ao juiz do poder de se afastar das previsões normativas expressas», até «substituir integralmente a aplicação da norma com uma autónoma decisão equitativa»⁽⁶⁶⁾.

A equidade «integrativa» ou supletiva, por sua vez, está contemplada nos arts. 72.º, 2; 283.º, 1; 339.º, 2; 400.º, 1; 437.º, 1; 462.º; 494.º; 496.º, 3; 566.º, 3; 812.º, 1; 883.º, 1; 992.º, 3; 1158.º, 2; 1215.º, 2 e 1407.º, 2, do CC, normas nas quais o recurso à equidade cumpre a função de «atribuir ao juiz o poder de completar a norma positiva recorrendo à valoração equitativa para definir aspectos particulares da relação controvertida»⁽⁶⁷⁾.

Apesar de na equidade substitutiva o legislador recorrer à técnica das cláusulas gerais⁽⁶⁸⁾, a equidade não é uma cláusula geral: «quanto a equidade autoriza o juiz a encontrar a *regra específica em função* da peculiaridade do caso concreto, as cláusulas gerais incumbem-no, pelo contrário, de extrair do dado social *regras gerais* (de conduta) *a partir* do caso concreto»⁽⁶⁹⁾.

A adequação processual está essencialmente delimitada pelo processo equitativo. Como lembra Rui Pinto, «o princípio geral do processo equitativo previsto no n.º 4 do art. 20.º CRP é o *alfa e ómega* do dever de adequação formal»⁽⁷⁰⁾. A norma constitucional prevê que «todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo». A partir deste dado positivo é possível densificar a noção de processo equitativo. A este propósito

⁽⁶⁴⁾ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989:142.

⁽⁶⁵⁾ ROBERTO MARTINO, *Il Giudice e L'Èquità*, Tra ética, diritto positivo e Costituzione, Cacucci, Bari: I ss. GIROLAMO MONTELEONE, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 7.ª ed., Milano-Padova, 2015: 250.

⁽⁶⁶⁾ ROBERTO MARTINO, *ibidem*: 9.

⁽⁶⁷⁾ *Idem*.

⁽⁶⁸⁾ A equidade substitutiva, diz Martino, resolver-se-ia no recurso a elementos extrajurídicos para colmatar o espaço vazio deixado pelo *legislador*, *ibidem*: 13.

⁽⁶⁹⁾ PIERA CAMPANELLA, «Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro», *Clausole Generali e Diritto del Lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, 20-30 maggio 2014, Giuffrè Editore, Milano, 2015:223.

⁽⁷⁰⁾ RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015: 6.

é partilhada a opinião que evidencia que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os instrumentos de direito internacional vinculativos do Estado Português — art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 14.º do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, art. 6.º da Convenção europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, art. 47.º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia — integram pontos de referência obrigatórios para delinear correctamente os contornos do processo equitativo.

O citado número do art. 20.º CRP separa «prazo razoável» de «processo equitativo». O propósito não é assegurar o prazo razoável sem comprometer o processo equitativo, mas assegurar a contenção dos tempos processuais sem comprometer a qualidade da jurisdição, já que não há processo equitativo sem prazo cõngruo.

Mas um processo equitativo não se esgota nesta dimensão. No âmbito da referida jurisprudência e dos mencionados instrumentos, tem-se entendido que integram a noção de processo equitativo o *princípio do contraditório*, da *igualdade das partes*, da *licitude da prova*, da *terzietà e imparcialidade* do juiz, da *motivação das decisões* e da *publicidade das audiências*⁽⁷¹⁾.

Todos estes princípios devem ser respeitados na tarefa de adequação. Parece-me que apenas os dois primeiros poderão levantar objecções e dificuldades práticas, razão pela qual apenas em relação a eles farei algumas observações.

A primeira objecção que se pode levantar à adequação, entendida no seu mais amplo sentido, é que esta nunca pode «cortar as unhas» ao contraditório, mesmo que a pretexto de atalhar os tempos do processo. Dito de outra forma: nunca por nunca ser a agilização do processo pode conduzir ao afastamento da audiência prévia, por conduzir à indefesa. Ou ainda: o processo equitativo subtrai ao juiz qualquer escolha discricionária acerca do «quando» e do «como» do contraditório.

Não me parece que os dados positivos conduzam a esta posição tão rígida, sem prejuízo de bem se saber que sem contraditório não há processo e que sem processo não há jurisdição.

Particulares interesses e exigências práticas induzem a que, em determinados processos, o contraditório seja organizado de modo diverso do que ocorre com o processo declarativo comum⁽⁷²⁾.

⁽⁷¹⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013:123.

⁽⁷²⁾ GIROLAMO MONTELEONE, *Compendio di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, 2001: 92.

O contraditório não é, nem tem de ser, sempre prévio. Há muito que a doutrina trabalha com outras modalidades, designadamente com o **contraditório diferido** e com o **contraditório eventual**.

Na verdade, o mecanismo técnico utilizado pelo legislador pode, nestes casos, ser de três tipos:

- i) O próprio juiz de que dimana a decisão sem ter previamente ouvido a parte contrária, deve provocar o contraditório, dando vida a um procedimento que se conclui com a confirmação ou revogação da decisão.
- ii) A parte que obteve a decisão favorável deve dar início, em prazo peremptório, ao procedimento contraditório pleno.
- iii) A parte contra a qual foi emitida a decisão sem a sua prévia audiência deve deduzir oposição, em prazo peremptório, instaurando um procedimento com contraditório pleno⁽⁷³⁾.

O mecanismo da alínea *iii*) foi utilizado pelo legislador no art. 388.º da reforma de 95/96, nos procedimentos cautelares quando o requerido não tivesse sido ouvido antes do decretamento da providência. Neste caso, o juiz proferia uma *decisão provisória*, e, perante o contraditório subsequente, o *juiz proferia nova decisão, que constituía complemento ou parte integrante da inicialmente proferida* (art. 388.º, 2).

Não há notícia de que tal procedimento tenha sido criticado por violar a Constituição. Ora, se se admite este regime para a tutela cautelar, que afecta de forma grave a esfera jurídica do requerido, não se compreende nem se justifica vedá-lo na tutela não cautelar cujo impacto na esfera jurídica dos particulares é menor.

Não me parece que seja de afastar a adopção de uma «*técnica de antecipação da tutela*» cada vez mais usada nos ordenamentos processuais, quer da *civil law* quer da *common law*⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ GIOVANNI VERDE, *Profili del Processo Civile*, 1. Parte Generale, 6.ª ed., Jovene Editore, Napoli, 2002. No mesmo sentido, SERGIO LA CHINA, *Diritto Processuale Civile, Le Disposizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1991: 540, ss., ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, quarta edizione, Jovene Editore, Napoli, 2002: 207, ss., e ROMANO VACCARELLA, *Lezione sul processo civile di cognizione, Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Zanichelli, Bologna, 2006: 14.

⁽⁷⁴⁾ DANIEL MITIDIERO, *Antecipazione Della Tutela, Dalla Tutela Cautelar Alla Tecnica Anticipatoria*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013:52, ss. No nosso ordenamento são exemplos desta antecipação a possibilidade de nos procedimentos cautelares se dispensar a acção principal, conferindo definitividade à decisão cautelar (inversão do contencioso do art. 369.º) e a tradicional condenação *in futurum* do art. 557.º que antecipa a tutela que o credor deveria obter mais tarde se tivesse de aguardar

Não há assim razão para no caso sujeito invocar o contraditório como obstáculo insuperável à adequação.

E não se diga que o art. 3.º apenas prevê restrições que decorram da lei. A lei veda as restrições com origem regulamentar ou na autonomia privada, mas não as decorrentes da intervenção do juiz em cumprimento de uma delegação legal.

Em conclusão: *i*) o processo equitativo não exige necessariamente «a contextualidade do confronto dialéctico entre as partes», podendo o contraditório satisfazer-se também em momentos subsequentes a determinada fase do processo, com a condição de se admitir a possibilidade de defesa antes de a decisão judicial se tornar definitiva e de as partes poderem influenciar em plena igualdade o veredicto final; *ii*) o princípio *audiat et altera pars* não exige que o contraditório se realize em concreto, mas antes que se dê a ambas as partes iguais possibilidades de confronto e ainda que tal não ocorra por escolha processual da parte titular do respectivo direito⁽⁷⁵⁾.

o decurso do tempo necessário para obtenção de cognição plena. Acresce que o legislador, além dos casos tradicionais da restituição provisória de posse (art. 378.º) e de arresto (art. 393.º, 1) e do procedimento comum, quando em concreto se verifique que a audiência do requerido pode pôr em risco o fim ou a eficácia da providência (arts. 366.º, 1 e 376.º, 1), não deixou de permitir, v.g. que:

- i) nos processos de insolvência, o tribunal não ouça o devedor, quando a audiência comporte demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro ou por ser desconhecido o seu paradeiro (art. 12.º CIRE);
- ii) o contraditório entre as partes e o juiz seja dispensado em caso de manifesta desnecessidade (art. 3.º, 3);
- iii) nas acções de valor não superior a metade da alçada da Relação, o juiz deixe de assegurar o contraditório quanto a excepções já debatidas nos articulados [art. 597.º, a)];
- iv) no processo especial de tutela de personalidade regulado nos arts. 878.º a 880.º, o juiz profira, sem respeito pelo princípio do pedido, uma decisão provisória, sem prévia audiência do réu (art. 879.º, 6).

Note-se, por fim, que os arts. 34.º da Convenção de Bruxelas e 41.º da Convenção de Lugano e do Regulamento n.º 44/2001, permitem a concessão do *exequatur* sem que a parte contra a qual é decretado seja previamente ouvida. Os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 304/00, proc. n.º 331/00, de 16.06.00 e n.º 522/00, proc. n.º 319/00, de 29.11.00 consideraram que os arts. 34.º da Convenção de Bruxelas não violavam o princípio do contraditório e por isso que a «específica configuração do “contraditório” no processo, enquanto relegado para a fase do recurso, tem uma justificação racional e constitucionalmente admissível — a celeridade do processo e a cobertura do risco de desaparecimento dos bens do executado — num contexto em que as garantias de defesa foram asseguradas no processo de que emergiu a decisão estrangeira e onde o recurso é ainda meio adequado e eficaz para o executado obstar a um *exequatur* indevido».

⁽⁷⁵⁾ PAULO RAMOS DE FÁRIA e ANA LUÍSA LOUREIRO observam que na adequação formal, «na satisfação do princípio do contraditório, o juiz deve usar as ferramentas jurídico-processuais que tem ao seu dispor (arts. 6.º, n.º 1, e 547.º). entre estas, conta-se o contraditório *subsequente*», *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Vol. I, Almedina, Coimbra:31.

Uma segunda objecção tem que ver com eventual violação do princípio da igualdade por falta de uniformidade dos ritos processuais que levam à decisão de causas similares.

Este argumento foi apresentado várias vezes ao Tribunal Constitucional no âmbito do RPE.

Ora, aquele tribunal sempre considerou inexistir qualquer inconstitucionalidade entre o RPE e a Constituição republicana. Para aquele tribunal, a «igualdade não significa proibição de tratamentos jurídicos diferentes; significa antes a proibição de diferenças que afectem as pessoas e que não sejam fundamentais à luz do sistema constitucional». E citando Dworkin acrescenta «que não pode estar em causa um “direito” das pessoas a um tratamento em todos os casos iguais, o que está em causa é o “direito a *ser-se tratado como um igual*”. A instância competente para sindicar a constitucionalidade de uma norma deve averiguar a *racionalidade* e a *objectividade* dos motivos que fundaram a diferença e só censurar quando conclua que foram arbitrárias e absurdas essas razões» (Ac. TC 69/2008, de 31 de janeiro, proc. n.º 240/2007).

Ora, além dos argumentos desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional, Paula Costa e Silva deu uma machadada final nessa objecção.

No seu artigo *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*, aquela autora, para afastar o invocado problema de se percorrerem ritos diferentes na decisão de causas que, afinal, apresentam fortes semelhanças entre si, começa por alertar que tudo estará em saber se a diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa e depois escreve: «Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre através de um ou outro tipo de sequência, é relativamente neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios constitucionais (processuais) fundamentais — igualdade e contraditório amplo —, qualquer forma será adequada se através dela se cumprirem os fins a que serve»⁽⁷⁶⁾.

Refuta ainda a ideia de que admitir a adequação formal é ao mesmo tempo permitir que cada juiz faça o seu Código, construa um *iter* qualquer, com quebra inevitável da isonomia. Isto com base em dois argumentos que me parecem decisivos: 1.º O dever de adequação incrementa a responsabilidade do juiz, que «tem não apenas de decidir a causa, como também de

⁽⁷⁶⁾ PAULA COSTA E SILVA, “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48 (2011), 190:146.

estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição. Mas este aumento de responsabilidade pode ser perfeitamente compatível com o estado de maturidade da magistratura de um sistema em que visa implementar-se uma solução que requer o cumprimento de uma tarefa a mais». Acresce que há mecanismos de corrigir o erro judiciário⁽⁷⁷⁾; 2.º «A igualdade não há-de ser vista a partir de uma perspectiva atómica, acto de sequência a acto de sequência. Ela há-de ser prefigurada a partir das finalidades que presidem ao processo. Se se concluir que, apesar da diversidade de estruturas, as partes tiveram idênticas faculdades de persuasão do decisor e de demonstração dos factos que fundamentam a acção e a defesa, a igualdade estará preservada»⁽⁷⁸⁾.

Uma terceira objecção não tem que ver propriamente com os limites decorrentes do processo equitativo, mas sim com uma eventual (má) aplicação da técnica a casos repetitivos ou à litigância de massa e pode formular-se assim: o art. 547.º foi elaborado para ser concretizado em casos irrepetíveis. Ora bem: repetindo a adequação a grupos de casos, acaba por se atraiçar o sentido e escopo da cláusula geral precisamente voltado para as peculiaridades do caso concreto; transmuta-se uma norma elástica de produção de uma norma concreta numa factispécie abstracta, causadora de um inevitável vínculo para decisões sucessivas. Ou dito de outra maneira: o uso sistemático não é uma adequação a caso concreto, mas uma correção judicial da norma legal abstrata.

Embora se possa observar que esta correcção apresenta aspectos positivos, a respeito da previsibilidade das decisões e da certeza do direito, e não veda a possibilidade de o juiz readequar a tramitação-base a novas exigências, a sobredita reserva não pode deixar de ser levada em conta.

6. Conclusão

Depois da segunda grande guerra do século passado, o corpo de juristas democratas, na sua generalidade, fugiu das cláusulas gerais, como algo aterrador. A experiência jurídica do terceiro *Reich* não permitia outro estado de espírito. Hoje, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*:147.

⁽⁷⁸⁾ *Idem*.

são a *mainstream*. Ambas as fugas, das ou para as cláusulas gerais, não se justificam. Nem o terror que associamos a uma época aberrante, nem a esperança ansiosa na vivificação do direito. Apenas se espera, qualquer que seja a técnica legislativa, que esta cláusula geral se não confunda com um princípio e contribua, sem diminuição de garantias, para o *rejuvenescimento do direito*.