

Instrumentos hermenêuticos do Código Civil de 2002: cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados e explicitação da figura

Andrew Toshio Hayama *

Como citar este artigo: HAYAMA, Andrew Toshio. Instrumentos hermenêuticos do Código Civil de 2002: cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados e explicitação da figura da boa-fé civilista como questão de boa-fé. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. 16 agosto. 2007.

As cláusulas gerais constituem o novo paradigma hermenêutico do fenômeno civil. Com efeito, trata-se de uma técnica legislativa que impõe ao intérprete uma nova postura e atitude ante a tarefa hermenêutica.

A abertura (cognitiva) do texto civil reclama do intérprete a missão de complementação e até mesmo de criação de normas para a solução do caso concreto.

Essa nova postura é alteração profunda tanto da finalidade legislativa quanto da jurisdicional. A lei não pretende ser mais um texto completo e perfeito, abarcando toda a realidade social presente e futura. Ademais, o jurista não mais se submete à figura medíocre e cômoda (além de caricata e cômica, atualmente) de "boca-da-lei", como se fosse uma máquina ou um mero porta-voz do legislador.

Parece que a (hiper)complexidade da vida social colocou em xeque as pilastras seguras da modernidade e inaugurou uma fase de crises, momentos em que se repensam os modelos

que sustenta(va)m e explica(va)m nossa realidade e se buscam outros que legitimem nosso novo modo de viver.

Neste contexto, a segurança e completude cedem seu espaço, causando também uma série de problemas (como a incerteza e a angústia) ainda não dimensionados, como retrata, em diversas obras, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman), dando lugar à criatividade, à liberdade, à flexibilidade, à mobilidade, à ductibilidade etc.

Estas são, com efeito, características presentes no novo diploma civil, como assevera o próprio Miguel Reale, ao tratar das cláusulas gerais:

Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (correttezza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. (...) São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de "indeterminação do preceito", cuja aplicação in concreto caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes (...).[1]

Nesse mesmo sentido, acentuando a função de atualização e rejuvenescimento que as cláusulas gerais proporcionam ao texto civil, discorre Rosenthal:

Já o sistema aberto, apoiado na jurisprudência, admite a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema, impregnando-o de dinamicidade em desenvolvimento paulatino e contínuo. Aqui, não há formação rígida de previsões normativas, havendo, portanto, espaços para a ponderação de critérios. Com a edição de conceitos abertos como a da boa-fé, é possível ao magistrado adequar a aplicação do Direito e dos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais é exatamente imaginá-las como uma técnica de legislar oposta à casuística, que se configurava pela regulação típica de matérias, mediante delimitação por *fattispecie*, aplicando-se a norma, através do processo conhecido como subsunção, e evitando-se a amplitude das generalizações. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no

domínio da técnica legislativa, pois, graças à sua generalidade, torna-se possível captar um vasto grupo de situações a uma consequência jurídica. (...) A vantagem da mobilidade da cláusula geral é fruto de sua grande abertura semântica, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* – como emprego de expressões ou termo vagos –, afastando-se o risco do imobilismo, pela utilização em grau mínimo da tipicidade. (...) A cláusula geral contém implícita uma regra de direito judicial, que impõe ao magistrado examinar o caso em duas etapas. Inicialmente, estabelece a norma de dever, conforme a realidade do fato e o princípio correspondente; a seguir, confronta a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendariam. A atividade criadora do juiz não se confundirá com arbítrio, posto contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação reservada aos princípios admitidos pelo sistema.[2]

Não obstante a assunção do papel criativo e não meramente passivo, "a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a contínua atualização dos preceitos legais"[3], depreende-se que não há possibilidade para arbítrio e irresponsabilidade, tendo o intérprete como limite (e como pressuposto, do qual deve partir) o ordenamento jurídico, o sentido normativo e o caso concreto a ser dirimido. Apesar da íntima relação entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, as expressões não se confundem. De fato, a doutrina as diferencia, como alerta o querido professor João Carlos Bianco:

Dessa forma, como as cláusulas gerais, exigem valoração do juiz para que possa preencher seu conteúdo, porém nos conceitos legais indeterminados o juiz decidirá conforme a consequência previamente estabelecida pela lei. Distinguem-se das cláusulas legais, dizem ROSA e NELSON NERY JÚNIOR, pela finalidade e eficácia. "A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas" (CC anotado, p.141)[4]

Todavia, conquanto não se possa negar o avanço proporcionado por essa nova compreensão do fenômeno civil, críticas severas ainda podem ser tecidas e formuladas. Vejamos.

O culturalismo de Miguel Reale, filosofia adotada pelos juristas que projetaram o novo Código Civil,[5] apesar de supervalorizar a questão da cultura e da história, possui um nítido caráter conservador, admitido por eles próprios, como se fosse uma vantagem ou algo positivo.[6]

De fato, utilizam-se da história e da cultura somente para celebrá-las e divinizá-las, sem tecerem nenhuma crítica ou reflexão acerca dos valores em que se assenta a sociedade e que a determinam. Deste modo, o culturalismo faz bem em colocar no centro das especulações dos juristas estes problemas, antes olvidados, mas se revela conservador ao aceitar ingenuamente a fala autorizada, o discurso competente, os valores dominantes e a cultura hegemônica.

Os valores dominantes e a cultura hegemônica já estavam (e continuam presentes) nas codificações e nos textos legais, porque impossível afastá-los, mas não podiam ser explicitados, tendo em vista os mitos da neutralidade e da racionalidade do direito e do jurista.[7]

O culturalismo simplesmente intenta desmitificar estas concepções, abrindo o direito e o intérprete para esta nova realidade. No entanto, em vez de refletir acerca dos valores e da cultura, de submetê-los à crítica e à peneira da razão, ou seja, de problematizá-los, simplesmente festejam-nos e celebram-nos, substituindo o anterior paradigma da obediência à autoridade (simplesmente por ser autoridade) pelo paradigma da obediência aos valores dominantes e à cultura hegemônica.

Ademais, se a questão cultural é o centro da reflexão do culturalismo e a pessoa humana é seu "valor-fonte", será que os hipossuficientes, então, não são seres culturais? Será que, então, não são pessoas humanas? Se são, por que foram retumbantemente esquecidos pela "Constituição do Homem Comum"? Ah!... mas "a questão dos pobres" não está na agenda de um Código Civil...

A partir do trecho abaixo, de autoria de Miguel Reale, comprova-se facilmente a incoerência denunciada:

Compreendo o interesse em conhecer a nova lei civil, pois, como costume dizer, ela é a "Constituição do homem comum", estabelecendo as regras de conduta de todos os seres humanos, mesmo antes de nascer, dada a atenção dispensada aos direitos do nascituro, até depois de sua morte, ao fixar o destino a ser dado aos bens deixados pelo falecido, sendo, assim, a lei por excelência da sociedade civil.[8]

Verifica-se claramente a pretensão de plenitude do Código Civil ("todos os seres humanos"), considerado a "Constituição do homem comum" e presente em todos os momentos da vida do referido ser humano ordinário.

Em sintonia com a lúcida crítica tecida por Fachin, não há como negar a influência deste diploma na vida social (como, de modo geral, do próprio fenômeno jurídico).

De fato, impossível seria negar a repercussão que um código civil engendra em uma sociedade, tanto para o bem como para o mal.

O que está em pauta, em verdade, é a vocação que o fenômeno civil possui, a função que cumpre no seu atuar.

Historicamente o direito civil teve por missão a regulação da questão patrimonial, ou seja, dos titulares de bens.

Com efeito, a pessoa humana que interessa ao direito civil é o dono, o proprietário e o possuidor de bens; aquele que possui moradia, residência e profissão; o capaz de realizar negócios, de contratar, de comprar e vender, de acumular e deixar patrimônio para outrem, de constituir e organizar família, enfim, o denominado "homem comum".

E o que dizer dos marginalizados, aqueles que não possuem lugar nem voz no mundo, sem-teto, sem-domicílio, sem-nome, sem-educação, sem-emprego, sem-bens-ou-patrimônios, sem-pai, o denominado "homem extraordinário", aquele que insiste em sobreviver, não se sabe como (alguns partindo para o universo da criminalidade), mesmo ante toda a adversidade?[9]

Para não incorrer em injustiça, há o fabuloso e mágico direito de retenção de esmola... quer dizer, o "homem comum" que, em um belo e comovente momento solidário de alívio de consciência ou num irracional momento de insanidade temporária, resolver jogar moedinhas para o "homem extraordinário", não poderá retratar-se de sua bondade.

Resta bastante claro, portanto, que o direito civil possui a vocação, que não se alterou com o novo diploma civil, de erigir "aqueles-que-têm" como sujeitos de direitos, excluindo de propósito "os-que-nada-possuem".

Em sintonia com o exposto, Fachin esclarece que o Código Civil de 2002 padece do mesmo vício (visto a partir duma perspectiva crítica):

A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro, cujo modelo se manteve em 2002. E é por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal. Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não "é" em si, mas "tem" para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de "outra ordem"), e é mais um "indivíduo patrimonial". Tal percepção garante o status quo patrimonial presente ou cria restritos mecanismos de acesso à dimensão do pólo ativo dessas titularidades. Serve, pois, essa relação jurídica (com seus elementos) para conferir, por meio da instância jurídica, uma refinada modalidade instrumental de preservação e autoconservação. Aquele que define, ao assim se balizar, tanto se revela quanto promove, na definição, um senso de privar por eliminação o que no

conteúdo não está, deixa de consistir em objeto possível daquela demarcação. Mais ainda, revela uma metodologia própria para evitar o tema a partir do perímetro que limita o conhecimento. A ausência de referências à sociedade ou à cultura assinala o modo habitual de definir o Direito Civil. De conseqüência, como ramo do Direito Privado, ao Direito Civil se atribui a regência de relações obrigacionais, familiares e patrimoniais e, nela, as definições cumprem, por ação ou omissão, papel de fronteiras do saber. Assim ocorre quando se explicita o que se entende por contrato, por família e por apropriação.[10]

Esta constatação se faz necessária para desmascarar a falácia de que o código civil é a "constituição do homem comum", ou de que o código civil estabelece "regras de condutas de todos os seres humanos".

Ademais, salta aos olhos a incompatibilidade entre a terminologia culturalista (que é a filosofia que embasa o código civil), como, por exemplo, "justiça social do caso concreto" e "ética da situação", e a real finalidade exercida pelo fenômeno civil.

Como falar seriamente em justiça social, em socialidade e em eticidade quando se erige a sujeito de direito somente os titulares de patrimônio, marginalizando e ignorando os-que-nada-têm?

De fato, o código civil brasileiro do século XXI realizou, não obstante todos os nossos problemas, uma espécie de "chá das cinco", um "acordo de cavalheiros"; exigiu, em verdade, urbanidade e civilidade na conduta dos distintos seres socialmente privilegiados. Decerto, algum benefício, ainda que indireto, receberá a sociedade, ao menos um exemplo moral, uma atitude "politicamente correta", um modelo pedagógico de comportamento a ser seguido, como o notável, sublime e incrível caso do sujeito que, apesar de pobre (ou seja, "eticamente suspeito"), devolveu a mala de dinheiro que encontrou. Caso raro e tão surpreendente (tratando-se de um pobre) de "brasileiro que não desiste nunca", que foi até mesmo objeto de exploração governamental.

Explicitada a incoerência entre a roupagem lingüística do culturalismo e o que verdadeiramente significa o direito civil, coloca-se a seguinte questão, bastante complexa para dirimir:

O direito civil, que, historicamente, sempre consistiu em servir de instrumento para regular e conceder efeitos jurídicos a relações e situações entre pessoas socialmente estabelecidas, deve manter ou romper esta vocação histórica?

Exemplo de preenchimento do vácuo deixado pelo direito civil é feitura do Código de Defesa do Consumidor, que protege o hipossuficiente, embora tão-somente na relação de consumo.

O pobre só é protegido na condição de cidadão-consumidor...

Em outros termos, o cerne da questão é o seguinte: deve se adotar um modelo sistematizado ou um modelo setorizado? O CDC é exemplo de modelo setorizado, mas seria saudável setorizar tudo? Ou será que este não é o cerne da questão?

Sugiro que a resposta possa ser encontrada na "constitucionalização do direito civil", impregnando este ramo do direito de princípios e tarefas consistentes no cumprimento da função social do direito, na concretização dos direitos humanos e no avanço radical do Estado Democrático de Direito, abrangendo-se, assim, todo e qualquer fenômeno civil, quer setorizado quer sistematizado.

Gustavo Tepedino, em seu embate pela "constitucionalização do direito civil", anterior à promulgação do Código Civil de 2002, ensina:

Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova constituição. De modo que, reconhecido embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do

sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.[11]

A resposta para a unidade de sentido e para a possibilidade de compreensão ante a diversidade e a riqueza do direito civil, portanto, deve ser buscada na Constituição, independentemente da escolha pela sistematização ou setorização... Mas o necessário reenvio constitucional não significa perda de importância ou limitação, pelo contrário, significa galgar e alcançar novas dimensões e horizontes, consoante sintetiza brilhantemente Tepedino:

Com a Constituição de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira contemporânea, consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil. A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos pelo texto maior. Configura-se uma nova ordem pública, a convocar os juristas para um processo interpretativo que, longe de minimizar o espaço tradicionalmente reservado ao direito civil, determina, ao revés, a sua expansão e revigoração, oferecendo novas funções e horizontes a institutos antes confinados ao alvedrio individual e a um mero controle formal de validade.[12]

1. REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: Revista Jurídica UNICOC, ano II, Nº 2, Ribeirão Preto, junho de 2005, p.14.

2. ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, pp.28/29.

3. REALE, Miguel. Op.cit., p.11.

4. BIANCO, João Carlos. A Constituição do homem comum. Artigo disponível no site da Faculdade de Direito Municipal de Franca (www.direitofranca.br).

5. Conferir MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.42/44 e 91/93.

6. Esclarece Gerson Branco, nas pp.79/80 da obra supracitada, em evidente posição de defesa: "De fato, o novo Código é arrojado e ao mesmo tempo tímido na função de conformação da realidade. É arrojado porque estabelece as bases a partir das quais o direito pode evoluir, mudar e se adaptar às novas realidades. Essa possibilidade de mudança está na estrutura aberta e flexível, nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais vão manter o novo Código jovem independentemente das transformações futuras da sociedade. Porém, o Código de 2002 é tímido porque não inova em suas regras, somente consolidando modelos jurídicos que a doutrina e jurisprudência já haviam recepcionado. Isso revela um dos traços mais profundos do culturalismo segundo o qual no mundo da cultura nada se inventa. Mesmo o pensamento como atividade abstrata faz parte da experiência humana e, portanto, da experiência cultural. E nada que não tenha sido objeto de alguma forma da experiência histórica e socialmente relevante merece ser inserido na constituição do homem comum". Mas a pergunta que não quer calar: O que é socialmente relevante? Quem é a "autoridade esclarecida" que ditará a cartilha do importante e do insignificante? Com que legitimidade o "censor" exercerá seu discernimento?

7. Neste sentido, FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.59: "Historicamente, quando o sistema de Direito Civil se erige, cria um conjunto de categorias congruentes com aquele momento histórico e tende a colocá-las para valerem perpetuamente. Isto revela como os fatos começam a se chocar com os conceitos. São modelos sociológicos de família, de contratos que não se enquadram num standard, e de direitos sobre as coisas que não se amoldam mais àquela clausura. Enquanto o sistema se manteve ou queria se manter intacto, a realidade subjacente foi se alterando. No estudo tradicional do Direito Civil, o movimento a que somos convidados a

fazer não é o de compreender a realidade subjacente para ver a diversidade. Aquela introdução ao Direito Civil é o modo pelo qual se aprende a manejar conceitos, mas não entender a realidade para transformá-la. É que a pretensão de cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem".

8. REALE, Miguel. Op.cit., p.09.

9. FACHIN, Luiz Edson. Op.cit., p.212/214: "Se o que hoje apreende-se, sem grandes dificuldades, é a inexistência de perenidade e incolumidade desse sistema, armado sob a decadência do voluntarismo jurídico, é bem verdade que nele reflete o divórcio abissal entre o direito e o não-Direito. O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribui a si próprio o poder de dizer o Direito, e assim o fazendo, delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina, o direito do não-Direito; por essa via, fica de fora do sistema o que a ele não interessa, como as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado. Com essa matriz, tomaram prumo códigos civis, perfeitos anfitriões ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm, e se julgou o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, em uma relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica. Essa artificialidade mostra-se no fenômeno de exclusão dos sujeitos e ingressa, por exemplo, naquilo que pode ser designado como regime de legitimidades".

10. Idem, Ibidem., p.89.

11. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.13.

12. Idem, Ibidem, VIII.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Municipal de Franca; ex-estagiário oficial do Ministério Público do Estado de São Paulo (junho de 2004 a dezembro de 2006) e pós-graduando em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL/LFG.

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20070816092439229>.

Acesso em: 23 junho 2008.