

# UMA LEITURA DO PAPEL JURISDICIONAL A PARTIR DO NOVO CÓDIGO CIVIL

CRISTIANE TOMAZ BUOSI<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor e desenvolver a ideia apresentada em uma das palestras ministradas no Curso “10 Anos do Código Civil, Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos”, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O tema escolhido para ser abordado refere-se à Palestra Legalidade e Eficácia Constitucional, ministrada pelo Exmo. Desembargador Sylvio Capanema de Souza, em 29 de março de 2012.

## DESENVOLVIMENTO

### Considerações históricas

O Código Civil promulgado em 10 de janeiro de 2002 revogou o antigo Código Civil de 1916 e trouxe consigo, mais que inovações legislativas, a consolidação de uma nova ordem jurídica e principiológica a guiar as relações interpessoais no ordenamento jurídico pátrio.

Historicamente, o Código Civil anterior, influenciado pelas teorias de Montesquieu e do Estado Liberal decorrentes da Revolução Francesa, e

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa, falecida em 2012.

calcado nos ideais individualistas e patrimonialistas dos séculos XXVIII e XIX, à semelhança do Código de Napoleão de 1904, retratou uma ordem jurídica fundada nos princípios da autonomia da vontade e da imutabilidade contratual, em razão da então indiscutível força obrigatória dos contratos. Naquela ordem jurídica, o marido era considerado o representante legal da família, já que a mulher casada era considerada legalmente relativamente incapaz; a propriedade tangenciava o caráter absoluto, uma vez que que sofria pouquíssimas limitações, e o juiz apresentava-se, ao julgar os conflitos civis, neutro e impessoal, em razão da prevalência exacerbada do positivismo na resolução dos conflitos.

Com o surgimento de uma nova ordem jurídica fundada no Estado social já a partir da segunda metade do século XX, consubstanciada no ordenamento pátrio através da Constituição Federal de 1988, a qual foi apelidada por Ulisses Guimarães como “Constituição Cidadã”, já que incluiu dentre seus alicerces a preservação da dignidade humana e a solidariedade social, e incluiu em seu texto uma Carta de Princípios baseada na preservação dos direitos fundamentais, os novos valores fundamentais dela decorrentes passaram a inspirar os legisladores infraconstitucionais que lhe sucederam, bem como os intérpretes do direito, os quais entenderam que essa nova ordem jurídica constituía uma unidade de pensamento, a partir da qual deveriam ser solucionados os conflitos e interpretadas as normas jurídicas.

Desse ideal decorreram as teorias que defendiam os princípios da unidade interpretativa, da eficácia integrativa e da força normativa da Constituição Federal. Segundo estas teorias, os valores conflitantes protegidos pela Lei Maior e alicerçados em princípios dotados de força normativa deveriam ser utilizados como métodos de interpretação e harmonizados entre si, tanto na criação, como na interpretação das normas infraconstitucionais, bem como durante a resolução dos conflitos concretos pelos juízes, os quais, por sua vez, deveriam fundar-se, ao prestar a jurisdição, na busca pela justiça e solidariedade social ou igualdade real entre as partes conflitantes.

Também influenciou tanto a elaboração, como ainda influencia a interpretação do novo Código Civil a transformação da teoria da utilida-

de, de Ulpiano, o qual defendia a separação completa do direito público e privado em teoria da utilidade preponderante. Hoje, segundo esta nova doutrina, os direitos público e privado se interpenetram e complementam, do que decorre o que é chamado de publicização ou constitucionalização do Código Civil e a teoria do direito civil constitucional, segundo a qual há uma releitura dos institutos de direito privado à luz dos princípios constitucionais; integração esta que ocorre em benefício da sociedade e do Estado. Nesta seara, defende Gustavo Tepedino:

*O Código Civil de 2002, embora desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando ciosamente um mundo privado que devesse se resguardar de ingerências estatais, fazendo por isso mesmo concessões por meio de restrições pontuais em cláusulas gerais, desponta em contexto axiológico que altera radicalmente o sentido emprestado para autonomia privada e para a aquisição e utilização dos bens. Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Torna-se obsoleta a **summa divisio** que estremava, no passado, direito público e direito privado (...).*<sup>2</sup>

## O PERFIL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 refletiu aquelas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Os princípios constitucionais em questão puderam ser revistos e aplicados em harmonia com os dispositivos legais previstos em todo o Código Civil, os quais, em muitos dos casos, apresentam um nítido caráter valorativo-principiológico. Trouxe este, em seu bojo, novas técnicas legislativas, através da utilização de cláusulas abertas a traduzir espécie de metas

---

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil**. In: <http://pt.scribd.com/doc/6486487/Normas-Constitucionais-e-Direito-Civil-Artigo-de-Tepedino> [Acesso em 05/04/2012].

jurídicas a serem alcançadas e espaço para os juízes favorecerem a sua aplicação, ao preenchê-las e aplicá-las no caso em concreto, o que transferiu ao Judiciário um importante papel político e mediador da esfera de direito tutelada e posta à disposição do indivíduo, notadamente em proteção à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos da personalidade.

Dessa forma, em aplicação daquelas cláusulas abertas na prestação da tutela jurisdicional, possibilitou o novo Código, na subsunção do fato à norma pelo juiz, ater-se não apenas ao objeto em concreto tutelado, mas também à profundidade de tutela daquele objeto, o qual, em potencial, seria devido a todos os cidadãos. Autorizado está o Poder Judiciário, assim, a operacionalizar, via pedido em concreto, o exercício do direito em questão.

Acerca da participação do poder Judiciário neste novo contexto jurídico, ensina Luis Roberto Barroso:

*O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.<sup>3</sup>*

Apresentou o novo Código, em seu início, grande resistência doutrinária. Contudo, aos poucos, os novos paradigmas foram consolidando-se, notadamente o reconhecimento da função social do direito. Ao recepcionar os princípios constitucionais, consistiu este numa importante ferramenta

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** In: [http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20politic%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20%20Luis%20Roberto%20Barroso%20\(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva\).pdf](http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20politic%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20%20Luis%20Roberto%20Barroso%20(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva).pdf) [Acesso em 29/06/2011].

para a construção de uma sociedade mais justa. Trouxe consigo, assim, dentre os valores incorporados pelos operadores do direito uma visão mais igualitarista e promocional do direito.

## OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL E A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL

Dentre os princípios trazidos pelo novo Código Civil, a favor da garantia da eficácia da ordem jurídica constitucional supraelencada, destacam-se o princípio da efetividade ou operacionalidade, segundo o qual pode-se criar uma justiça concreta, através da aplicação da equidade ou solidariedade na resolução dos conflitos; o princípio da boa-fé objetiva e da probidade, previstos expressamente no artigo 422 do Código Civil, os quais traduzem-se regra obrigatória e legal de interpretação dos contratos e justa causa para a imposição de sanção, caso violado.

Os direitos da personalidade, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, foram discriminados e tutelados, preventiva e repressivamente, no Capítulo II, artigos 11 a 21, tornando-se legalmente absolutos, intransferíveis, inalienáveis e imprescritíveis.

O artigo 187 trouxe a figura do abuso de direito como ato ilícito, a qual gera responsabilidade civil a ser aferida objetivamente.

Também inovou o novo código ao trazer consigo a proteção do estado de perigo e da lesão, previstos respectivamente nos artigos 156 e 157, como garantia de que os contratos já nasçam justos e equilibrados, em proteção à vulnerabilidade da parte e em garantia à boa-fé objetiva na sua execução. Tratam-se esses importantes exemplos da eficácia concreta daqueles princípios constitucionais, supraelencados.

Também no que se refere aos Direitos Reais, inovou o novo Código Civil ao garantir a preservação do meio ambiente, especialmente de sua flora, fauna e interesses históricos, como interesse geral e critério limitador à utilização da propriedade; bem como ao proteger a finalidade social de sua utilização, visando a impedir o abuso no direito de propriedade, conforme se verifica pela leitura do artigo 1228 e parágrafos do Código Civil. Neste

ínterim, observa-se que o exercício do direito à propriedade está condicionado ao interesse social, e subsumida a este, o que demonstra estar a norma em questão norteadas pelo princípio constitucional da função social da propriedade e dos contratos. Na mesma linha principiológica inovada pelo Código ora em comento, os parágrafos 4º e 5º do referido artigo constituem-se cláusulas abertas e trazem a possibilidade de expropriação social de propriedade não aproveitada ou subaproveitada, traduzindo-se como uma hipótese de regulamentação e reconhecimento de preponderância do direito possessório em detrimento do direito de propriedade, quando em colisão de interesses, e com base no interesse social, a critério do juiz.

Outro exemplo de cláusula aberta a garantir eficácia à Carta constitucional, o artigo 1035 do Código Civil mitiga a força normativa de cláusulas contratuais que possam produzir efeitos que sejam reconhecidos judicialmente como prejudiciais aos interesses sociais. A autonomia da vontade, assim, por esta nova ordem jurídica, só pode ser exercida nos limites da função social do contrato, a fim de não se privilegiar o indivíduo em detrimento da sociedade como um todo.

No campo do direito de família, no qual as críticas ao novo Código foram mais contundentes, contudo, também trouxe esta inovação à ordem jurídica e regulamentação dos princípios constitucionais, ao estabelecer, dentre outras, a absoluta igualdade entre homens e mulheres, bem como ao transformar o pátrio poder, antes só pertencente ao homem, enquanto chefe da família, em poder familiar, agora pertencente ao homem e à mulher, em nítida influência do princípio constitucional de proteção ao melhor interesse do menor.

## CONCLUSÃO

Verifica-se, via de consequência que, passados 10 anos do início da vigência do novo Código Civil, consolidou-se este, tanto na doutrina, quanto através da interpretação de suas cláusulas pelos Tribunais, como exemplo de efetivação de nova ordem jurídica, fundada no caráter público

do direito e da Justiça, a qual, por sua vez, passou a ser vista como mecanismo não apenas de pacificação social, mas também como instrumento de efetivação de políticas públicas que visem à distribuição da justiça, não mais apenas inter partes, mas agora também em consonância com os anseios e necessidades de toda a sociedade, a qual, ainda que indiretamente, irá suportar os efeitos das decisões judiciais, e precisa ser considerada na resolução dos casos em concreto.

É necessária uma abordagem do fenômeno jurídico, não apenas como um conjunto de regras positivadas, mas também como um instrumento de inserção social do indivíduo, e efetivação daquelas políticas de acesso a direitos fundamentais sociais, como base e meta essencial do regime democrático.

Consolidou-se, assim, a implementação, não apenas de um novo código de normas, mas de toda uma nova ordem jurídica, através da construção de um novo direito, a partir do direito positivo criado pela nova legislação ora em estudo; resultado do reconhecimento normativo dos novos valores vigentes a partir da segunda metade do século XX no Brasil e no mundo. Para tanto, impossível a aplicação do Código Civil sem a inspiração dos modelos constitucionais, cuja interpenetração normativa favorece não apenas a legalidade, como também a eficácia constitucional na aplicação do Código Civil, em harmonia com uma gestão de política jurisdicional de implementação de meios e resultados, e primada pelo princípio da solidariedade social. ♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.” *In*: <http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20politicass%20>

[publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20%20Luis%20Roberto%20Barroso%20\(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva\).pdf](#) [Acesso em 29/06/2011].

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. “A Posse dos Imóveis como Instrumento de Garantias Fundamentais e as Limitações Ambientais.” Palestra proferida no Curso 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Desacertos e Novos Rumos, promovida pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 29 de março de 2012.

SOUZA, Sylvio Capanema de. “Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil.” Palestra proferida no Curso 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Desacertos e Novos Rumos, promovida pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 29 de março de 2012.

TEPEDINO, Gustavo. “Normas Constitucionais e Direito Civil.” *In*: <http://pt.scribd.com/doc/6486487/Normas-Constitucionais-e-Direito-Civil-Artigo-de-Tepedino> [Acesso em 05/04/2012].