

# 10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos e Desacertos

**Silvia Regina Portes Criscuolo<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

O Seminário “Os 10 Anos do Código Civil”, ocorrido nos dias 29 e 30 de março de 2012, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por iniciativa da EMERJ, ESAJ e CEDES, foi extremamente proveitoso para uma reflexão sobre a mudança de paradigmas que, inaugurada pela Constituição Cidadã de 2008, espalhou-se para o Código Civil de 2002, trazendo a principiologia para a base do Direito moderno.

Foram momentos preciosos de uma retrospectiva cautelosa e consciente sobre os caminhos percorridos pela sociedade e pelo Judiciário como instituição indispensável à realização da Justiça.

Lançando luz sobre os novos desafios aos quais cada um de nós, Magistrados é submetido, o seminário enfatizou o papel do Direito, posto como força de transformação da realidade, todavia, destacou que somente quando os rigores da leis são atenuados por valores éticos é que se concretiza o ideal de Justiça.

Foram, portanto, momentos ricos em troca de experiências e interação, fundamentais para uma atuação consciente de cada um de nós Magistrados.

## LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Abrindo os trabalhos, o Professor Sylvio Capanema de Souza, com seu brilhantismo usual, conduziu-nos em uma reflexão histórica a partir do surgimento do Estado Social.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito do XX Juizado Especial Cível - Capital.

Lembrou-nos que, tanto o Estado Social, assim como seu antecessor Estado Liberal clássico, são modelos de Estados de Direito, sendo que o Estado Social surge a partir da introdução de direitos sociais e trabalhistas nos textos constitucionais.

Essa evolução legislativa que introduziu direitos sociais e trabalhistas nos textos constitucionais, por sua vez, deita raízes nas transformações sociais advindas da Revolução Industrial que, a seu modo, através da pressão das massas e de suas reivindicações, acabou por coagir o Estado a uma mudança de paradigmas. O Estado Social, desse modo, é um avanço do Estado Capitalista Liberal que, para continuar existindo, viu-se forçado a incorporar em seus textos fundantes as questões sociais demarcadas pela necessidade de garantias à pessoa humana e aos direitos dos trabalhadores.

Três experiências políticas demarcaram a reflexão sobre os direitos sociais: a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha no Pós-Primeira Guerra Mundial e a Revolução Mexicana de 1917. Dessas três experiências políticas surgem três documentos fundamentais: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária (socialista), de 1918; a Constituição de Weimar de 1919 (um ícone social-democrático); a Constituição Mexicana de 1917 que definem, constitucionalmente, os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, **sob a proteção do Estado**.

É no Estado Social, portanto, a partir da década de 30, que são construídas as bases do *garantismo social*, ou seja, o Estado passa a ser o provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas. Nesse contexto, o Estado de Direito age como *produtor jurídico* a fim de melhor organizar e defender o próprio sistema capitalista, afina; o capitalismo necessita de trabalho livre (pois sem salário não há consumo) e essa modalidade de trabalho e de produção precisa de respaldo jurídico para não haver retrocessos.

De todo esse mergulho histórico, extrai-se a tentativa do Estado de promover a igualdade real entre seus cidadãos. Evolui-se, assim, do Estado Social para o Estado Democrático com a participação das massas através do sufrágio universal na vontade da nação.

Apoiada nesse conceito social e democrático, acompanhando a evo-

lução da sociedade, surge, em 1988, no Brasil, a Constituição Cidadã. Uma constituição principiológica que deixa para trás o conceito de mera carta política em seu sentido formal e avança para a valorização de princípios como valores inspiradores da República e do ideário nacional. Introduzem-se no texto constitucional valores tidos como fundamentais para a regência de toda a vida na sociedade brasileira.

Como fundamento da República, como alicerce do nosso Estado de Direito, a Carta Política de 1988 introduz o valor maior da preservação da dignidade humana. No artigo 3º, faz alusão à solidariedade social como valor fundamental e prossegue dignificando o trabalho e a liberdade. Vê-se, pois, que sob a égide da Carta Magna de 1988, inaugura-se um novo tempo que vem com ares e à busca de uma igualdade real, lastreada na garantia dos direitos fundamentais.

Como critérios de preservação do ideário desses novos tempos, princípios são adotados para a compreensão e regência da vida social. Nessa esteira, passa-se a se interpretar e se compreender a nova ordem à luz dos princípios: da unidade da Constituição (- a Constituição é um bloco monolítico, suas normas não podem ser pinçadas e aplicadas isoladamente -); da harmonização ou concordância prática (- diante de aparente conflito entre normas, o caminho é o da harmonização entre as normas de modo a preservar a ambas -); da eficácia integrativa (- a Constituição tem força normativa, desbordando-se de seus limites formais, dando ares a toda a legislação -); da interpretação conforme a Constituição (- as leis infraconstitucionais hão de ser interpretadas conforme os ideais de solidariedade social -) e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que suportam todo o arcabouço social.

A partir da Constituição de 1988, portanto, o que se observa é o esgarçamento, ou erosão, da dicotomia entre o direito público e o direito privado como ramos estanques do direito. Supera-se o princípio da utilidade preponderante (- regras úteis para o Estado e regras úteis para o cidadão em campos distintos -) e passa-se a entender o Direito Constitucional não mais como alicerce, apenas, do Direito Público como era até então, mas como alicerce de todo o arcabouço jurídico, pincelando com seus princípios e valores todos os ramos do Direito.

Com a erosão dos filtros, a divisão entre os ramos do Direito passou a ser uma linha tênue. Percebe-se, a partir da Constituição de 1988, o nascimento do fenômeno conhecido como publicização do Direito Privado. Surgem no horizonte os primeiros sinais de vida do chamado Direito Civil Constitucional, um direito Civil animado por valores fundamentais.

A denominação Direito Civil Constitucional, há 20 anos, poderia soar como antinomia intransponível; hoje, porém, a denominação é natural. O Direito Civil Constitucional é a releitura, à luz do Direito Constitucional, do Direito Civil. Não é uma invasão do Direito Constitucional no Direito Civil porque não há invasão, mas integração simbiótica em benefício da sociedade e do Estado lastreada em valores éticos, antes de serem jurídicos.

É nesse cenário embrionário de publicização do Direito Privado que surge, em 2002, o Novo Código Civil que tem defeitos sim, como toda obra humana, mas tem virtudes que suplantam suas limitações e equívocos. A maior virtude do Novo Código foi a recepção de princípios constitucionais como a função social do Direito como ferramenta para uma sociedade mais justa; como a efetividade, a eticidade, a socialidade e operacionalidade como meios de construção de um código que estanque morosidade, com um direito que se preocupa com a efetividade da solução jurídica proposta, ou seja, com a necessidade de um direito que realize a justiça concreta e, por fim, a boa-fé objetiva.

Para implementar esses valores, o Código Civil precisou mudar até mesmo a técnica legislativa, porque antes não havia espaço para o Juiz. Se a Justiça no caso concreto era uma necessidade entendida como concretização da solução justa, havia que se dar a esse Juiz maior espaço para calibrar a adequada solução para o caso concreto. Assim, o Código Civil de 2002 adota, na perseguição por essa Justiça concreta, um sistema de cláusulas abertas que permite que o Juiz preencha a norma com valores e princípios constitucionais fundamentais.

Críticos chegaram a pensar que se instalaria a ditadura do Judiciário, mas, passados 10 anos de vigência do Código Civil, percebe-se que esse receio não se concretizou e que a atuação da magistratura se mostrou consciente e afinada com os novos paradigmas sociais.

A mudança dos paradigmas sociais está presente em vários livros do Código Civil. Ao tratar dos Direitos da Personalidade, por exemplo, cria-se a tutela preventiva desses direitos, passa a se ter em texto escrito a afirmação incontestável de que os direitos da personalidade são direitos absolutos, intransponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e, em sua proteção, cria-se uma carapaça intransponível de proteção à personalidade humana. Cria-se, na legislação infraconstitucional, a figura do consentimento informado nas relações médicas de modo a impor aos médicos o dever de informar ao paciente a extensão do mal que o acomete e os tratamentos propostos, tudo embalado pelo valor maior de preservação da dignidade da pessoa humana.

Os sopros dos novos tempos estão presentes, ainda, no art. 187 do Código Civil que introduz a ideia de que o abuso de direito é um ato ilícito na medida em que viola um dever jurídico preexistente, o da boa-fé objetiva.

O parágrafo 4º do artigo 1228 exemplifica a técnica de adoção de cláusulas abertas. Ao tratar da “desapropriação judicial” que é aquela na qual o proprietário de extensa área pode perdê-la se, durante mais de 5 anos, um considerável número de pessoas a possuir ininterruptamente com boa-fé, realizando na área obras e serviços considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante.

As cláusulas abertas, ou seja, aquelas que terão o seu conceito preenchido pelo Juiz no caso concreto, estão nas expressões “extensa área”; “considerável número de pessoas”; “obras e serviços” e “interesse relevante”.

No mesmo sentido, o parágrafo 5º do mesmo artigo indica que o Juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Novamente, é o Juiz da causa que definirá em valores o que seja a quantia justa pelo terreno ocupado.

A autonomia da vontade que era quase absoluta, no Código Civil de 2002, no livro que trata dos Direitos das Obrigações, passa a encontrar limites na função social do contrato. Importa dizer que a função social do contrato passa a ser cláusula implícita em todas as avenças de modo que estas só têm efeitos válidos quando expressem cláusulas lastreadas no equilíbrio ético e econômico.

A interpretação dos negócios jurídicos, nos termos do Código Civil, far-se-á segundo os princípios da proibidade e da boa-fé, ou seja, o Juiz

tem o dever de se perguntar que objetivos homens honestos perseguiriam naquele negócio jurídico. Tem, portanto, o Magistrado o dever de afastar o lucro que avilta o outro contratante. É a antiga figura do bom pai de família do Direito Romano. É indagar-se o que o contentaria.

No Direito de Família, por exemplo, os novos tempos assentam que o Estado não pode interferir na educação dos filhos, no número de rebentos que um casal porá no mundo, etc. Todas essas posturas encontram eco no respeito ao valor maior da dignidade da pessoa humana.

No Direito das Sucessões, inova-se com a atribuição de direitos ao cônjuge supérstite para concorrer à herança de seu companheiro, dependendo do regime de bens. No mesmo sentido, a família foi alçada à posição de destaque. Adota-se, ainda, uma visão de família baseada não mais nas meras convenções, mas na afetividade. Companheiros passaram a ter direitos civilmente reconhecidos, inclusive de herança, concorrendo com os filhos comuns ou individuais. O reconhecimento da afetividade como fator que caracteriza a família passa a permitir, ainda, o reconhecimento e o acolhimento das uniões homoafetivas, dignificando a pessoa humana em qualquer em toda a sua plenitude, albergando, com igualdade real, o homem em toda a sua desigualdade.

## CONCLUSÃO

Nesses novos tempos de Constituição Cidadã e Novo Código Civil, o Juiz passa a ter uma enorme responsabilidade. Isso porque a lei não muda os comportamentos rapidamente, é na nossa prática diária, conforme fomos permeando nossas decisões com esses novos fundamentos que concretizamos as mudanças na sociedade, mudanças que, certamente, animarão novas mudanças, alimentando o processo evolutivo social.

Nós, Magistrados, não podemos não responder a esse “grito do futuro”. Não podemos nos omitir. Cabe a nós nos comprometermos com a mudança em cada ato que praticamos, inoculando a sociedade brasileira com o frescor desses novos fundamentos.

Sejamos agentes desse difícil processo de mudança! ♦