



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISBN 978-85-99559-15-4

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13

10 Anos do Código Civil

Aplicação, Acertos, Desacertos e
Novos Rumos

Volume I

CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL
APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS
RIO DE JANEIRO, 29 E 30 DE MARÇO DE 2012

Rio de Janeiro
EMERJ
2013



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13

10 Anos do Código Civil

Aplicação, Acertos, Desacertos e

Novos Rumos

volume I

CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS
E NOVOS RUMOS - RIO DE JANEIRO, 29 E 30 DE MARÇO DE 2012

Rio de Janeiro
EMERJ
2013

© 2013 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes do Curso 10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, realizado em 29 e 30 de março de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuá Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;
Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silves.

CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: aplicação, acertos,
desacertos e novos rumos, 2012, Rio de Janeiro.

10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e
novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

2 v. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13)

ISBN 978-85-99559-15-4 (v. 1)

ISBN 978-85-99559-16-1 (v. 2)

1. Código Civil, Brasil (2002). I. EMERJ. II. Série. III.
Título.

CDD 342.1081

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



EMERJ

Sumário

Apresentação	9
A Exceção que Virou Regra <i>ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA</i>	11
Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil <i>ANA CAROLINA FUCKS ANDERSON PALHEIRO</i>	17
Direito Civil Constitucional – Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil-Constitucional <i>ANA CAROLINA VILLABOIM DA COSTA LEITE</i>	23
Os Dez Anos do Código Civil de 2002 <i>ANA PAULA PONTES CARDOSO</i>	31
10 Anos do Código Civil de 2002 e seus Avanços à Luz da Constituição <i>BELMIRO FONTOURA FERREIRA GONÇALVES</i>	37
Os 10 Anos do Código Civil <i>CAMILA PRADO</i>	47
O Código Civil de 2002, as Novas Relações Familiares e as Aspirações Constitucionais <i>CARLA SILVA CORRÊA</i>	52
A Boa-fé Objetiva no Direito Brasileiro e a Proibição de Comportamentos Contraditórios <i>CARLOS EDUARDO IGLESIAS DINIZ</i>	61
A União Estável no Novo Código Civil <i>CLAUDIA NASCIMENTO VIEIRA</i>	76

A Lesão nos Contratos sob a Luz do Código Civil <i>CRISTIANE DA SILVA BRANDÃO LIMA</i>	81
Uma Leitura do Papel Jurisdicional a Partir do Novo Código Civil <i>CRISTIANE TOMAZ BUOSI</i>	89
10 Anos do Código Civil de 2002 <i>CRISTINA ALCÂNTARA QUINTO</i>	97
Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais nas Relações Negociais e Reais Imobiliárias – O Uso Anormal da Propriedade <i>DANIELA REETZ DE PAIVA</i>	102
A Responsabilidade Civil nos Dez Anos da Codificação Civil, na Construção da Doutrina e da Jurisprudência <i>DANIELLE RAPOPORT</i>	112
O Princípio da Boa-fé Objetiva e sua Evolução Doutrinária e Jurisdicional ao Longo dos 10 Anos de Edição do Novo Código Civil <i>DENISE DE ARAÚJO CAPIBERIBE</i>	117
Dez Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos <i>EDUARDA MONTEIRO DE CASTRO SOUZA CAMPOS</i>	125
Fundamentos do Novo Código Civil <i>ELIZABETH MARIA SAAD</i>	134
Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil <i>FLÁVIA DE AZEVEDO FARIA REZENDE CHAGAS</i>	144
Observações Panorâmicas Sobre o Código Civil Após Dez Anos de sua Edição <i>GUSTAVO QUINTANILHA TELLES DE MENEZES</i>	150

Dez Anos do Código Civil - Evolução do Direito de Família e Incidências. Hiperjudicialização do Direito de Família	
<i>IVONE FERREIRA CAETANO</i>	159
Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público	
<i>JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ</i>	168
Empresa Individual de Responsabilidade Limitada	
<i>KATYLENE COLLYER PIRES DE FIGUEIREDO</i>	174
O Código Civil de 2002: Princípios Básicos e Cláusulas Gerais	
<i>LISIA CARLA VIEIRA RODRIGUES</i>	179
10 Anos do Código Civil – A Evolução Civil-Constitucional do Direito	
<i>LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES</i>	195
Evolução Histórica e Legislativa da Família	
<i>LUCIANO SILVA BARRETO</i>	205
10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos	
<i>LÚCIO DURANTE</i>	215
10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos	
<i>LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES</i>	222
Filhos – Evolução até a Plena Igualdade Jurídica	
<i>MAFALDA LUCCHESI</i>	231
Proteção Contratual no Direito Brasileiro – Visão do Direito Civil Sob Prisma de Influência Constitucional – Princípios	
<i>MAGNO ALVES DE ASSUNÇÃO</i>	239

Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil de 2002	
<i>MARCIA DE ANDRADE PUMAR</i>	261
Ponderações Sobre os 10 Anos do Código Civil	
<i>MÁRCIA PAIXÃO GUIMARÃES LÉO</i>	268
Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil-Constitucional	
<i>MARIA DA PENHA NOBRE MAURO</i>	273
Anexo 1: Programa do Curso	283
Anexo 2: Parecer da Enfam	289

Apresentação

Por ocasião dos dez anos de vigência da nova codificação civil brasileira, em março de 2012, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a ESAJ e o CEDES, promoveu o Seminário “10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos”.

Com tema de amplo espectro o evento mereceu programação acurada que perpassou pelas inúmeras matérias que compõem o Codex, elegendo questões de profunda indagação e interesse na atualidade.

Nesta publicação da série “Aperfeiçoamento de Magistrados” apresentamos, como de costume, o conteúdo dos melhores trabalhos apresentados pelos Magistrados participantes, os quais refletem o conhecimento compartilhado com os renomados palestrantes e suas experiências na judicatura.

Com fito de difundir esse conhecimento, trazemos a público, em dois volumes, o teor da produção acadêmica proveniente de tão profícua interação.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ



EMERJ

A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA

BREVES APONTAMENTOS A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL*

ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA ¹

NOTA INTRODUTÓRIA

A responsabilidade civil se consubstancia em tema jurídico de suma importância e é alvo de constantes estudos e debates, tendo sido a área da ciência do direito que sofreu maiores mudanças ao longo do século XX², talvez até em razão de sua própria natureza, pois, como leciona José de Aguiar Dias, *“o instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.”*³

Com efeito, a responsabilidade civil de natureza subjetiva sempre foi considerada como a norma base em nosso direito, e isso se deve a uma conquista do Iluminismo, que introduziu elemento subjetivo (culpa) como

* Texto elaborado com base na palestra proferida pelo eminente Des. Sergio Cavaliere Filho (“A Responsabilidade Civil nos Dez Anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência”) proferida quando do encerramento do Seminário “Os 10 anos do Código Civil” realizado pela EMERJ nos dias 29 e 30/03/2012.

¹ Juíz de Direito da 12ª. Vara Cível - Comarca da Capital.

² Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sergio, **Comentários ao Novo Código Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011, p. 1. Os autores afirmam que as mudanças experimentadas pela responsabilidade civil foram maiores até que as ocorridas em sede de direito de família e, citando o jurista francês Josserand, esclarecem que, em verdade, as mudanças foram de tal ordem que se operou uma verdadeira revolução, levando a teoria da responsabilidade civil a novos destinos.

³ *In*, **Da Responsabilidade Civil**, XI ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006, p. 25.

pressuposto genérico do dever de reparação, ideia essa abraçada pelo Código Civil francês de 1804 (art.1382), daí irradiando-se para as codificações que se seguiram⁴, inserindo-se nesse contexto o Código Civil brasileiro de 1916, que adotou como regra a responsabilidade subjetiva, tratando as hipóteses objetivas como exceções.

Contudo, não se pode olvidar que por força da própria evolução da sociedade, com seu desenvolvimento científico e tecnológico, consequência da Revolução Industrial, e também por força da introdução de novos paradigmas filosóficos, revelados na incessante busca da justiça social na construção de uma sociedade mais solidária, o tradicional sistema de responsabilização com base na culpa revelou-se insuficiente, abrindo espaço para uma nova concepção embasada na teoria do risco, que pode assim ser resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter ou não agido com culpa.⁵

Assim, sob esta nova concepção, afasta-se a imprescindibilidade da comprovação da conduta culposa a autorizar a responsabilização, bastando, para tanto, a comprovação do dano e da relação de causalidade deste com a conduta adotada pelo agente, independentemente de culpa.

Sob as luzes desse novo cenário, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que adotou a responsabilidade objetiva como regra para as relações de consumo, não fugindo desta nova concepção o Código Civil vigente, que embora não tenha afastado (e nem poderia) a responsabilidade civil de natureza subjetiva, adotou expressamente a teoria do risco, como se vê da regra estatuída pelo parágrafo único do art.927, dispositivo esse que prevê, genericamente, a responsabilidade sem culpa, além dos casos estipulados em lei, *“quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*⁶.

⁴ Cf. CASTRO, Guilherme Couto, **Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 02 e 04.

⁵ Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit. p. 02/10. Os autores ressaltam que o sistema de responsabilização mediante comprovação da culpa mostrou-se insuficiente antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916, uma vez que a “Lei das Estradas de Ferro”, de 1912, já havia estabelecido a responsabilidade objetiva para aquele meio de transporte.

⁶ Como leciona Paulo Nader, **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, v. 7, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010, p. 59, “anteriormente ao novo Códex, a ordem jurídica carecia de um critério geral e autônomo de adoção da responsabilidade independentemente de culpa, prevalecendo a teoria do risco apenas admitida expressamente em lei. O novo dispositivo prevê, genericamente, a responsabilidade sem culpa, além dos casos estipulados em lei (...). Dessarte, caracterizada a atividade de risco, a vítima fica liberada da prova de culpa do ofensor”.

Vê-se, pois, que a orientação geral do Código Civil de 2002, ao contrário do seu antecessor, faz prevalecer a responsabilidade objetiva, tendo o presente estudo, pois, o escopo de, em breves e singelas linhas, tecer comentários (sem a mínima pretensão de se esgotar o assunto) a respeito de alguns artigos de supracitado diploma legal que consagram a responsabilidade independentemente de culpa.

DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

O título IX do Livro I da Parte Especial do Código Civil, que trata da responsabilidade civil, é inaugurado pelo art. 927, que, inovando em relação ao diploma anterior e acompanhando uma tendência que já se manifestava na doutrina, estabelece um sistema de coexistência genérica da teoria da culpa e do risco, pois o seu *caput* reproduz a cláusula geral da responsabilidade aquiliana, ao passo que seu parágrafo único estabelece uma cláusula geral da responsabilidade sem culpa, baseada na ideia do risco criado?

Importante ressaltar que aludida cláusula geral da responsabilidade sem culpa não implica concluir, em absoluto, que o ordenamento jurídico acolheu a tese do risco integral, pois como antes explicitado, a ideia na qual repousa a responsabilidade objetiva estatuída pelo dispositivo legal ora em comento é a do risco criado e, tanto isso é fato, que a regra é clara no sentido de que, afora nos casos especificados em lei, a responsabilidade objetiva só terá espaço *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*.

Em assim sendo, não é qualquer atividade de risco que enseja a responsabilização objetiva, mas tão somente aquela que decorre de um exercício habitual e que, efetivamente, por sua natureza, implica em um risco

⁷ Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno, in **Código Civil Comentado**, Coord. Min. César Peluso, 3ª ed., Barueri/SP, Ed. Manolo, 2009, p. 884/885.

criado, e não inerente, pois se assim não fosse, todas as atividades estariam sujeitas à responsabilização objetiva, o que não é o caso. A atividade de dirigir, por exemplo, quando não exercida profissionalmente e, portanto, de forma não habitual e rotineira, se consubstancia em uma atividade de risco, mas nem por isso, com a devida *venia* dos que pensam ao contrário, poderá ser abrangida pela responsabilidade objetiva, isso porque a hipótese não revela risco adquirido, mas, sim, risco inerente.

Com efeito, como leciona Sergio Cavaliere Filho, ao dissertar sobre a responsabilidade pelo desempenho de atividade de risco, “*o bom senso está a indicar que a obrigação de indenizar não decorrerá da simples natureza da atividade, mormente quando tem perigosidade inerente. Para não chegarmos a uma inteligência absurda, devemos entender que os danos decorrentes da perigosidade inerente dão ensejo ao dever de indenizar, só respondendo o fornecedor de serviços pelos danos causados pela perigosidade adquirida*”.⁸

A cláusula geral da responsabilidade objetiva também é encontrada no art. 931 do Código Civil que, em perfeita sintonia com o Código de Defesa do Consumidor, consagrou a teoria do risco do empreendimento (ou empresarial), pela qual todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.

E assim é porque não seria justo nem razoável impor ao consumidor o ônus de assumir os riscos das relações de consumo, arcando com os prejuízos decorrentes dos produtos por outros fabricados e comercializados, razão pela qual, sem qualquer necessidade de comprovação de culpa, deverá o empresário individual ou a empresa ressarcir os danos causados pelos produtos postos em circulação, em contrapartida ao bônus que auferem de sua atividade empresarial.

O art. 933 do Código Civil também impõe a responsabilidade objetiva por ato de terceiro, sepultando definitivamente antigas divergências a respeito da natureza da responsabilidade por fato de outrem, existentes quando da vigência do Código Civil de 1916. Sob esta nova concepção, pois, afastada está a possibilidade de qualquer dos responsáveis, uma vez demandado, procurar

⁸ *In*, Programa e Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, 2006, p. 185.

se eximir de seu dever de reparar os danos provocados por seus filhos menores, tutelados ou curatelados, empregados, serviçais e prepostos, dentre outros, alegando que escolheu bem ou que vigiou bem.⁹

Também de forma expressa, o atual Código Civil contemplou hipótese de responsabilidade independentemente de culpa pelo fato do animal, como se depreende da leitura do art. 936, sendo da mesma natureza a responsabilidade prevista pelo art. 937, que trata da hipótese de danos que resultarem da ruína de edifício ou construção, impondo ao respectivo dono a responsabilização, quando verificado que os danos provieram da falta de reparos, cuja necessidade era manifesta.

No mesmo sentido, o art. 938 impõe responsabilidade objetiva pelo fato da coisa, responsabilizando o habitante do prédio pelos danos decorrentes das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar impróprio.

No contexto do Código Civil atual, verifica-se, pois, que o legislador fez opção pela prevalência da responsabilidade de natureza objetiva, numa clara tendência de se proteger a vítima, visando a salvaguardá-la de qualquer dano, desviando, portanto, o foco da responsabilidade civil, que antes era centrado no agente ofensor, ante a inafastável necessidade de comprovação de sua culpa a autorizar a sua responsabilização.¹⁰

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que o exclusivo regime de responsabilização mediante aferição da culpa do agente ofensor se mostrou insuficiente para solução de inúmeros problemas impostos por uma sociedade de massa e tecnológica, problemas esses antes inimagináveis, sendo mesmo imperativo

⁹ Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Op. Cit.*, p. 897. Esclarece-nos o autor que o dispositivo legal ora em comentário segue a tendência preconizada pelo art. 927 no sentido de a lei elencar um responsável pela reparação, no caso algum que, de alguma forma, possui autoridade ou direção sobre a conduta alheia, diretamente causadora do dano. Acrescenta ainda o referido autor que, “por isso, vislumbram alguns, no caso, verdadeiro dever de garantia afeto ao responsável por terceiro com quem mantém relação especial, muito embora prefiram outros ver na hipótese um risco pela atividade ou pela conduta de terceiro. De toda sorte, sempre uma responsabilidade independente de culpa”.

¹⁰ Sobre tal tendência, Paulo Nader faz pertinente e relevante observação no sentido de que, não obstante o foco da responsabilidade civil tenha se modificado, “a imputação de responsabilidade deve seguir critérios seguros, a fim de não se perpetrarem injustiças quando o objetivo é justamente o *suum cuique tribuere*”. *Op. Cit.* p. 60

o desvio do foco da responsabilidade civil para a pessoa da vítima, para concretização da justiça, ante a imensa dificuldade, na maioria dos casos, de comprovação da culpa do agente ofensor.

Tem-se, pois, que o regime de responsabilização objetiva, em coexistência com a responsabilidade subjetiva, sistema esse adotado pelo Código Civil vigente, é o que melhor espelha o ideal de justiça nas relações intersubjetivas, por se alinhar com o anseio da busca da justiça social, em prol do fortalecimento de uma sociedade solidária, sendo inquestionável, pois, o acerto do legislador em positivar a responsabilidade objetiva em diversos casos, como se viu, sem, no entanto, excluir a responsabilização de natureza subjetiva para os casos em que a teoria do risco não se aplica.

Não restam dúvidas, pois, que, em que pese a coexistência de ambos os regimes de responsabilização – objetiva e subjetiva –, deflui do exame dos dispositivos legais estatuídos pelo Código Civil ao tratar da responsabilidade civil, certa prevalência da responsabilidade objetiva, o que autoriza a conclusão no sentido de que, o que antes era exceção, hoje é regra. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Guilherme Couto. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed., São Paulo Malheiros Editores, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, XI ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Código Civil Comentado**, Coord. Min. César Peluso, 3ª ed., Barueri/SP, Ed. Manole, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, v. 07, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010.

LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

ANA CAROLINA FUCKS ANDERSON PALHEIRO ¹

O Código Civil de 1916 continha 1.807 artigos e era antecedido pela Lei de Introdução ao Código Civil. Os Códigos Francês (1804) e Alemão (1896) exerceram influência em sua elaboração, tendo sido adotadas várias concepções.

Elogiado pela sua clareza e precisão dos conceitos, o referido Código refletia as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX, em grande parte ultrapassadas, baseadas no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do direito da propriedade e da liberdade para contratar. Por essa razão, nasceu o novo Código Civil.

No balanço geral, o novo Código Civil é bom e, embora não escrito, em suas entrelinhas possui mensagens resumidas nas três palavras mágicas, às quais se referia o Professor Miguel Reale: a SOCIALIDADE, A ETICIDADE E A EFETIVIDADE.

A **socialidade** significa a substituição do modelo individualista do Código Bevilacqua, que era característico do Século XIX, por um modelo agora profundamente comprometido com a função social do direito. Há uma visível preocupação em colocar o direito a serviço da sociedade e não apenas dos interesses individuais.

¹ Juíza de Direito da 1ª. Vara Criminal de Barra Mansa.

A **eticidade** significa substituir o princípio da boa-fé subjetiva, que o Código passado adotava – um princípio inócuo em que a boa-fé era uma mera exortação ética aos contratantes, mas não significava um dever jurídico – pela boa-fé objetiva. O novo Código Civil diz expressamente que os contratantes são obrigados a agir, durante toda a vida do contrato, com a mais absoluta boa-fé e probidade. O próprio artigo 113 estabelece que os negócios jurídicos serão interpretados pelas regras da boa-fé. Novos vícios dos negócios jurídicos foram introduzidos, certamente oxigenados pelo conceito da boa-fé objetiva: o estado de perigo, a lesão, a teoria da onerosidade excessiva.

Finalmente, a **efetividade**, que significa dizer que esse novo Código mudou completamente a técnica legislativa. Passamos a adotar a técnica das cláusulas abertas, os princípios indefinidos, para permitir ao juiz, com muito mais discricionariedade, adotar medidas mais adequadas a resolver os conflitos de interesses. O juiz deixa de ser “a boca da lei”, de ser mero aplicador do direito, e passa a ser solucionador dos conflitos de interesses.

Temos um Código mais preocupado com a efetividade, em dar as partes uma resposta mais adequada, mais célere, da maior utilidade possível. No balanço geral, o novo Código Civil contribuiu para a construção de um novo tempo, mais democrático, igualitário e justo.

O Código de 1916 – fruto da doutrina individualista e subjetivista – conferia prevalência às situações patrimoniais, que espelhavam resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, era permitido o acúmulo de riquezas, preservando-se a tranquila passagem do patrimônio do pai aos então filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.

Em contrapartida, no novo Código alicerçado pela Constituição de 1988, a primazia foi atribuída às situações existenciais ou não patrimoniais. Nesse sistema, passaram a ser tutelados, com prioridade, a prole,

independentemente da origem, os consumidores - contratantes vulneráveis- e, ainda, os não proprietários.

Vejamos:

A Parte Geral é uma das melhores do Código. Sua redação deve-se ao notável Ministro Moreira Alves. Por exemplo: o capítulo da prescrição e decadência é muito mais claro. A questão da invalidade dos negócios jurídicos, os vícios dos negócios jurídicos e, principalmente o enfrentamento dos direitos da personalidade, tudo isso, faz da Parte Geral um documento moderno de que nos podemos orgulhar.

Do ponto de vista da formatação, a parte geral nada mudou. Há uma perfeita ordem lógica na disposição dos temas na parte geral: sujeitos de direitos, objetos de direitos e fatos jurídicos que fazem nascer as relações jurídicas. Evidentemente, o que mudou foi o conteúdo de cada um desses livros.

Uma das principais inovações da Parte Geral do novo Código Civil é, justamente, a existência de um capítulo próprio destinado aos direitos da personalidade.

O citado Código resgata uma lacuna imperdoável do Código passado. O Código de 1916 não tinha uma palavra sobre direitos da personalidade, por não ser considerado como uma categoria autônoma. O que hoje se chama “direitos da personalidade” eram considerados à época, efeitos da personalidade.

Trata-se de um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988.

Essa noção de direitos da personalidade coube à Constituição de 1988 em seu artigo 5º. Por exemplo, coube a Constituição de 1988 mencionar, de maneira objetiva, que o dano moral é indenizável, que a união

estável é uma entidade familiar. Observe que isso é matéria de direito civil, que deveria ser disciplinada no Código Civil, mas como o Código Civil de 1916 estava defasado em relação à realidade social, coube a Constituição assumir este papel, dando margem ao fenômeno chamado de publicização do direito civil ou a constitucionalização do direito civil.

Ainda sobre os direitos da personalidade, essa lacuna do Código Civil de 1916 foi recuperada no artigo 11. O capítulo segundo do novo Código Civil é um dos mais importantes, uma das maiores e mais elogiáveis inovações, de uma importância social e ética inacreditável.

Já no tocante à parte do Código sobre a Teoria Geral dos Contratos, podemos dizer que tornou explícito que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade.

O artigo 112 do Código Civil, por sua vez, declara que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Portanto, o novo Código brasileiro deu prevalência à teoria da vontade sobre a da declaração.

Dois princípios hão de ser sempre observados na interpretação do contrato. O primeiro é o da boa-fé. Deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade e que tanto a proposta, quanto a aceitação foram formuladas dentro do que podiam e deviam eles entender razoavelmente, segundo a regra da boa-fé. Declara o artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Esta, portanto, se presume; a má-fé, ao contrário, deve ser provada. Preceitua ainda o artigo 113 do mesmo diploma que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

O segundo princípio é o da conservação do contrato. Se uma cláusula contratual permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito, pois não se deve supor que os contratantes tenham celebrado um contrato carecedor de qualquer utilidade.

Com relação aos Direitos Reais, principalmente no que diz respeito à função social da propriedade, importantes inovações foram trazidas pelo novo Código, por óbvio que, sempre embasada na tutela constitucional da propriedade.

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. A evolução social demonstrou que a justificação de um interesse privado muitas vezes é fator de sacrifício de interesses coletivos. Assim, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá legitimidade à persecução de um interesse individual se este for compatível com os anseios sociais; caso contrário, o ato de autonomia privada será considerado inválido.

O parágrafo 2º do artigo 1.228 do novo Código Civil exemplifica bem isso quando considera proibidos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. Com mais de cem anos de atraso, foi consagrada a Teoria dos Atos Emulativos e o Abuso do Direito de Propriedade.

A refundação da propriedade prende-se a três princípios: o bem comum, a participação e a solidariedade. Quanto ao primeiro, a sociedade surge porque as pessoas descobrem uma vontade geral e um bem que é comum e dispõem-se a construí-lo. A eles se subordinam os bens particulares; a participação resulta na contribuição de todos, a partir daquilo que são e daquilo que têm. A participação transforma o indivíduo em ser humano; por último, a solidariedade, que nasce da percepção de que todos vivemos uns pelos outros, valor sem o qual a sociedade não é humana.

Diante do exposto, podemos concluir que o novo Código Civil manteve a estrutura do Código Civil de 1916, mas procurou atualizar a técnica deste último, afastando as concepções individualistas que norteavam para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo.

Cumpramos visualizarmos um Direito Civil constitucional, no qual princípios de caráter superior e vinculante criam uma nova mentalidade, erigindo como direitos fundamentais do ser humano a tutela de sua vida e de sua dignidade. Essas normas de grande generalidade e grau de abstração

impõem inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas. Os limites da atividade econômica, a organização da família e a função social da propriedade passaram a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos existenciais de personalidade do ser humano, e não como meros direitos patrimoniais que se destinam a perpetuar relações de poder. ♦

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Parte Geral**, 9ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**, 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

ROSENVOLD, Nelson, **Direitos Reais**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2004.

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NA LEGALIDADE CIVIL-CONSTITUCIONAL

ANA CAROLINA VILLOBOIM DA COSTA LEITE¹

Embora o modelo de família nuclear ainda predomine em nossa sociedade, não podemos considerá-lo como o único modelo familiar. O surgimento de novos arranjos familiares nos leva à conclusão de que o modelo de família nuclear foi ultrapassado e houve o reconhecimento de inúmeros outros modelos, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas na segunda metade do século passado com a chamada constitucionalização do Direito Civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é principiologicamente e introduziu nova ordem jurídica, de modo a incluir valores, entre eles a preservação da dignidade da pessoa humana; garantia dos direitos fundamentais e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao introduzir nova ordem jurídica alicerçada em princípios jurídicos, passou a influenciar na elaboração de regras infraconstitucionais e iniciou-se a erosão da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Hoje, esses mundos se complementam. Foi nesse cenário que surgiu a chamada constitucionalização do direito civil.

¹ Juíza de Direito Titular da Primeira Vara de Família de Nilópolis.

O Direito Civil Constitucional é a visão do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais. Há uma integração entre os ramos.

Assim, como nos outros ramos do direito, o Direito de Família deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, sendo certo que todas as suas normas jurídicas têm fundamento de validade constitucional.

O professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu livro intitulado **Princípios Constitucionais de Direito de Família**, aponta como um dos princípios constitucionais gerais de Direito de Família aquele referente ao pluralismo demográfico, a evidenciar a substituição do modelo monolítico de família matrimonial pelo modelo plural e democrático das entidades familiares.

Assim, vale mencionar as lições de Guilherme Calmon: “Como terceiro princípio geral, surge o princípio do pluralismo democrático no âmbito dos organismos familiares (art. 1, inciso V, da Constituição Federal), que se associa à liberdade de escolha do modelo e da espécie de família. A passagem do modelo autoritário para o período notabilizado por valores democráticos, em termos políticos, também se refletiu no campo dos princípios gerais de direito de família. Assim, a passagem do modelo único, patriarcal e hierarquizado para o modelo plural, igualitário e humanista, em matéria de entidades familiares, reflete a encampação dos valores democráticos também no grupo familiar, com igual dignidade, respeito e consideração a todos os seus integrantes, sejam crianças, adolescentes, adultos (ou idosos), homens ou mulheres, havidos no casamento ou fora do casamento”²

A Constituição Federal de 1988, além de admitir e reconhecer expressamente a adoção e o casamento, também identificou o companheirismo e a família monoparental como entidades familiares.

Assim, faz-se necessário saber o que forma a família contemporânea, de modo a identificar o que forma a família no mundo dos fatos, no mundo sociológico.

² GAMA - Guilherme Calmon Nogueira da Gama, **Princípios Constitucionais de Direito de Família**, Ed. Atlas, p. 72.

Com esse objetivo, Paulo Lôbo analisou a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios) realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e constatou que tal pesquisa oficial apurou a existência das seguintes entidades familiares: (i) homem e mulher casados e com filhos biológicos; (ii) homem e mulher casados, com filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos; (iii) homem e mulher não casados e com filhos biológicos (união estável); (iv) homem e mulher não casados, com filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos (união estável); (v) pai ou mãe e filhos biológicos (família monoparental) (v) pai ou mãe e filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos (família monoparental); (vi) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefe (grupos de irmãos, avós com netos ou tios com sobrinhos); (vii) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; (viii) uniões homoafetivas; (ix) comunidade afetiva formadas com “filhos de criação”, segundo generosa tradição solidária brasileira, incluindo as famílias recompostas (possuidoras de padrastos/madrastas com os respectivos enteados), além dos casos de posse do estado de filiação.³ A partir desses agrupamentos familiares, o autor acima mencionado constatou as seguintes características comuns das entidades familiares: afetividade, estabilidade e convivência pública.

Foi baseado nesses parâmetros que o referido autor defendeu que o elemento formador da família contemporânea é o amor familiar, ou seja, o amor que visa a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Portanto, a proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida a tutela da própria pessoa humana, sendo inconstitucional toda e qualquer forma de violação da dignidade da pessoa humana.

De acordo com as lições de Gustavo Tepedino, a preocupação central do ordenamento é com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja reali-

³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56-57.

zação devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social”⁴

Dessa maneira, a família deve servir como espaço propício para a promoção da dignidade da pessoa humana e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como base para o alcance da felicidade.

Como bem diz Maria Berenice Dias, não há dúvida de que o sonho de todos é alcançar a felicidade, ao passo que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos visam, no final das contas, a assegurar o direito fundamental à felicidade, que pode ser tido como direito fundamental implícito também por este fundamento, por força do art. 5º, § 2, da CF/88, quando este afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Reconhecendo os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos verifica-se que não há espaço para preconceitos diante de relações sociais extremamente dinâmicas, visto que seus desejos e necessidades se alteram o tempo todo.

O direito deve obrar para que todos os indivíduos e todas as formas de entidades familiares sejam incluídas e aceitas no meio social, de maneira que cada um tenha reconhecida sua liberdade de escolha na forma de viver e de ser feliz.

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência, que em diversos julgados tem reconhecido as diversas formas de entidade familiar e, em votação histórica, no dia 05/05/2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132.

⁴ TEPEDINO, Gustavo, cf. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 326, Ed. Renovar, 1999.

Segue transcrição de parte do voto do relator, Ministro Ayres Britto:

“... II.3. que a terminologia ‘entidade familiar’ não significa algo diferente de ‘família’, pois não há hierarquia ou diferente de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família ‘mais ou menos’ (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora em personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se prefere, uma nova ‘entidade familiar’, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das ‘entidades associativas’ (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em ‘entidades de classe’ (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), ‘entidades governamentais’ (ainda esse art. 5º, alínea a do inciso LXXII), ‘entidades sindicais’ (alínea c do inciso III do art. 150), ‘entidades beneficentes de assistência social’ (§ 7º do art. 195), ‘entidades filantrópicas’ (§ 1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, ela, família, só pode ser uma ‘entidade... familiar’. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de ‘entidades autárquicas’ (inciso I do § 1º do art. 144) as suas ‘autarquias’ (§ 3º do art. 202). Assim como chamou de ‘entidade federativa’ (§ 11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa

'Federação' (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que 'entidade autárquica' não é 'autarquia', nem 'entidade federativa' é algo diferente de 'Federação'. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre 'união estável' e 'casamento civil' já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

III – salto para o § 4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’. É o que a doutrina entende por ‘família monoparental’, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de ‘entidade familiar’; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o status de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória ‘entidade familiar’, porque sua antiga família morreria com seu antigo marido. Baixaria ao túmulo com ele. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§ 5º do art. 227); e também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante ‘homo’ ou ‘heteroafetivo’. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o § 1º do art. 5º da

Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. É como voto."

Portanto, diante de todo o exposto e frente a atual jurisprudência, é evidente que as transformações sociais deram origem ao reconhecimento de inúmeros outros modelos de entidade familiar, denominadas famílias contemporâneas, as quais devem, em última análise, ser tuteladas pelo direito e pela sociedade de modo a atender aos preceitos constitucionais. ♦

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.118).

GAMA - Guilherme Calmon Nogueira da, **Princípios Constitucionais de Direito de Família**, Ed. Atlas p. 72.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 56-57.

TEPEDINO, Gustavo, cf. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 326, Ed. Renovar, 1999.

OS DEZ ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

ANA PAULA PONTES CARDOSO¹

O Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações e mudanças na legislação pátria. Algumas totalmente novas e transformadoras, outras embora já existentes, passaram a ser expressas, alterando o comportamento das partes contratantes. São exemplos dessas mudanças:

a) O Instituto da Lesão nos contratos, já existente no direito civil, passou a ser expresso, garantindo o equilíbrio contratual para que uma das partes não se aproveite da outra. Garante a boa-fé das partes.

b) O art. 1.228, parágrafo 1º do Código Civil submete o exercício da propriedade à preservação da fauna, da flora e da cultura do povo. Coloca o proprietário subsumido à preservação do meio ambiente.

c) Já o parágrafo 2º daquele mesmo dispositivo legal veda os atos do proprietário que não lhe tragam benefício ou proveito e que prejudique terceiros.

d) Os parágrafos 4º e 5º trouxeram exemplo da técnica das cláusulas abertas. Isso porque, se o imóvel consistir em área extensa, ocupada por mais de cinco anos, por um número considerável de pessoas, pode haver sentença de propriedade a seu favor. Declara-se a usucapião a seu favor. Mas o juiz é que deve definir o que é um considerável número de pessoas, e também deve definir o que são “obras de relevante interesse social”.

¹ Juíza de Direito da 7ª Vara Cível - Capital.

- e) O art. 2.035 do Ato das Disposições Transitórias estabelece que as convenções terão que se submeter a princípios. Seus efeitos, mesmo elaborados antes do Código Civil, não prevalecerão se ferirem tais princípios.
- f) A autonomia da vontade está limitada pela função social do contrato, e só pode ser exercida nos limites desta, o que impede que o contrato produza efeitos negativos, prejudiciais à sociedade. Atualmente o contrato não pertence apenas aos contratantes, mas transborda deles, para atingir toda a sociedade. Os magistrados são, portanto, controladores do controle, são equilibradores éticos e econômicos do contrato, e não apenas os reguladores de sua legalidade estrita. Não se pode interpretar o contrato senão através dos princípios emanados da Constituição Federal. A interpretação dos negócios jurídicos se fará pela boa-fé e pela probidade.
- g) Na área de família, não há mais distinção entre homem e mulher no que tange ao exercício do poder familiar, atualmente não mais chamado de pátrio poder. Prevalece sempre o interesse do menor, e não dos genitores. Somente a família pode determinar quantos filhos deseja ter.
- h) No ramo das sucessões, houve fortalecimento da posição do cônjuge, que passa a concorrer na sucessão com os herdeiros, dependendo do regime de bens do casamento.
- i) No direito ambiental, foi vislumbrado pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988 que o meio ambiente vem sendo degradado de forma irreversível. Embora a Política do Meio Ambiente tenha sido instituída por lei em 1981, foi a Constituição Federal que erigiu o direito ambiental à categoria de direito fundamental, sendo certo que o direito erigido à categoria de direito fundamental independe de lei que o classifique como tal, haja vista ter a Constituição Federal o erigido como tal. O Direito Ambiental procura o equilíbrio ecológico, proporcionando a todos a fruição satisfatória dos recursos naturais que a natureza oferece. O Direito Ambiental é difuso, e portanto, indivisível, estando-se diante da solidariedade, permitindo a todos sua defesa. O direito fundamental é bem comum do povo, e quando se fala em bem comum do povo, não se pode falar em pro-

priedade. A natureza proporciona os bens que não podem ser usados com ganância. A proteção ambiental deve existir, para garantir a sobrevivência das futuras gerações.

j) A propriedade sempre teve concepção individualista, eminentemente patrimonial. Com o advento do Código Civil de 2001, a propriedade passa a ter função social. Se o direito de propriedade é o direito de usar, gozar e dispor do bem, obtendo toda sua potencialidade, deve observar sua função social, o que não significa limitar a propriedade, mas apenas caracterizá-la.

k) Os princípios constitucionais devem ser usados com concretude, tais como a boa-fé e a função social do contrato. O objetivo é aplicar na prática os princípios, adequando-os ao caso concreto. Não se almeja apenas a referência simbólica dos princípios constitucionais, mas sim sua aplicação ao caso concreto.

l) Existe atualmente um movimento de desjudicialização, utilizando-se outros mecanismos de composição de litígios, tais como o Juízo Arbitral, a escritura amigável de separação, a escritura amigável de partilha de bens que substitui o inventário etc). Mesmo assim, grande número de feitos ingressam atualmente no Judiciário, em decorrência dos fatos do dia a dia (ex. cobrança de aluguel social ajuizada contra o Poder Público decorrente de enchentes e derrubada de moradias; remoção de comunidades em área de risco; ação contra o Município porque ao lado de uma residência formou-se uma favela etc.)

m) Atualmente considera-se que, em muitos casos, a invasão de terrenos por terceiros demonstra que o proprietário não cuidou da função social de sua propriedade. Isso porque no direito das coisas, a posse e a propriedade são os dois maiores institutos, os quais têm maior relevância. A posse geralmente é estigmatizada, é vista como um direito ruim. O sistema capitalista rejeita a posse e prioriza a propriedade. Mas a propriedade também traz compromissos e obrigações, bem como o dever de cuidar dela. A aquisição da propriedade pode ocorrer pela função

social da propriedade. Exemplo disso é o usucapião. A função social da propriedade, quando cumprida, impede o exercício da função social da posse por outra pessoa sobre o mesmo imóvel. Se um deles estiver cumprindo sua função, o outro não encontraria espaço para exercer função social diversa sobre o mesmo imóvel. Exemplo disso é que o usucapião é incompatível com a ocupação do terreno pelo proprietário. Certo é que a propriedade formal é aquela que consta no Registro Geral de Imóveis, mas pode haver terceira pessoa que já é dona do imóvel pela posse prolongada, mas que ainda não formalizou o domínio porque não ajuizou ação de usucapião. Na hipótese de desapropriação, deve ser ouvido o ocupante, que já é o proprietário sem declaração formal, porque o proprietário formal tem apenas uma espécie de nua propriedade. Hoje em dia o conceito de função social integra o próprio conceito de propriedade. Se o proprietário não está exercendo sua função social, ele não é mais proprietário e não deve ter proteção jurídica. Ele já se despiu do direito de reivindicar. A posse exercida com função social por terceiros evidencia o não cumprimento da função social da propriedade pelo proprietário.

n) O Código Civil de 2002 deu muita importância à posse. Reduziu, por exemplo, os prazos para a aquisição por usucapião. O Enunciado 492 do Conselho da Justiça Federal estabelece que a posse é direito autônomo em relação à propriedade e deve integrar os interesses sociais e econômicos mercedores de tutela. A posse protegida, que exerce a função social, não afasta a posse ruim, que não cumpre sua função social, tal como a que degrada o imóvel, e o deteriora.

o) No direito de família, também houve mudanças. Ao longo dos anos, o casamento que era indissolúvel, passou a ser resolúvel, através do advento do divórcio em 1977. O chefe da sociedade conjugal deixou de ser o homem, passando a haver isonomia entre os cônjuges. Os direitos e deveres são exercidos igualmente entre homem e mulher. Não há mais que se falar em pátrio poder, mas sim em poder familiar. Isto porque o poder familiar é exercido por ambos os cônjuges e não apenas pelo pai.

p) A guarda unilateral dos filhos passou a ser compartilhada. A guarda era atribuída ao cônjuge inocente, não responsável pela separação, o que representava confusão entre a culpa pelo fim do casamento e a falta de condições

para ser guardião dos filhos. Hoje em dia a guarda deve ser, sempre que possível, compartilhada. A lei reconhece como direito subjetivo da criança o de ter o convívio saudável com ambos os genitores. Trata-se de direito fundamental que desaguou na Lei 12.318 (Lei da Alienação Parental), a qual estabelece que um genitor não pode denegrir a imagem do outro. Estas mudanças decorreram de mudanças sociais, basicamente em relação às mulheres, devido à disputa pelo mercado de trabalho, o que destrói a ideia do homem superior e provedor. A entrada da mulher na universidade destrói a ideia de homem mais culto e inteligente. A mulher passou a ter acesso a cargos de direção, de destaque. A descoberta da pílula anticoncepcional permitiu que a mulher descobrisse a maternidade, determinando sua própria vida.

q) A presunção da paternidade deu lugar à certeza da paternidade através da realização do exame de DNA.

r) Pela Constituição Federal, a família é constituída pelo casamento e terá a proteção dos poderes públicos. A proteção é destinada ao casamento e seus integrantes.

s) Surgiram relações plurifamiliares, com a contração de novas núpcias, filhos havidos fora do casamento. Hipóteses como tais, anteriormente inadmissíveis, hoje têm proteção jurídica. A família homoafetiva passou a ser aceita, aplicando-se por analogia o regime jurídico da união estável. Em alguns países, o casamento entre pessoas do mesmo sexo passou a ser aceito. O Supremo Tribunal Federal admitiu o casamento de homoafetivos por conversão da união estável, embora ainda não tenha admitido o casamento direto.

t) A separação judicial não mais subsiste, porque perdeu sua finalidade. Os cônjuges podem se divorciar diretamente, não cabendo mais, na atualidade, a discussão da culpa. Não há mais a exigência de prazo para o divórcio direto. Para quem ainda admite a existência da separação judicial, tanto esta, quanto o divórcio, podem ser realizadas por escritura pública, sendo que a Emenda Constitucional 66/2010 teria facilitado o divórcio, mas não teria acabado com o instituto da separação. Apenas acabaram os prazos

para o exercício do direito, mas não o direito em si. Haveria ainda vários motivos que levariam as pessoas a buscar a separação judicial, tais como motivos religiosos, financeiros, a facilidade de reatar o casamento.

u) O dever de fidelidade recíproca pode ser afastado por pacto antenupcial, embora a união estável paralela ao casamento não seja aceita.

Todas estas mudanças são exemplos de inovações decorrentes do advento do Código Civil de 2002, e das alterações constitucionais posteriores a este novo diploma legal, harmonizando-se ambas as normas. ♦

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SEUS AVANÇOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

BELMIRO FONTOURA FERREIRA GONÇALVES¹

Inicia-se o estudo abordando-se o Direito nos séculos XVIII e XIX, o qual refletia o ideário de um Estado liberal, que emergiu da Revolução Francesa. Este era um Direito individualista, patrimonialista, que se opunha aos abusos da monarquia. Era preciso se assegurar de que todos os indivíduos tivessem sua liberdade garantida, além da propriedade do pedaço de terra onde morassem, bem como a igualdade entre os cidadãos. Buscava-se, ainda a fraternidade, que em uma visão moderna nada mais é do que a solidariedade social.

Tudo isso se convergia para a formação do Estado Liberal Clássico, o qual possuía dois pilares: A autonomia da vontade e a Força obrigatória (imutabilidade) dos contratos.

O nosso primeiro Código Civil (1916) foi norteado por esses paradigmas, sendo influenciado ainda pelo Código de Napoleão (1804).

O Código de 1916 possuía três grandes atores: o marido, o proprietário e o contratante. Isso lhe garantia o caráter individualista e patrimonialista. Assim, verificam-se os três livros que compunham sua parte especial, a saber: Direito da Família, Direitos Reais e Direito das Obrigações e dos Contratos.

O marido era o representante legal da família, célula mater da sociedade. Era tão importante que se preservasse a soberania do marido, que

¹ Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública - Capital.

a solução encontrada foi tornar a esposa relativamente incapaz, mesma condição dos silvícolas e dos pródigos, para que ela não pudesse praticar nenhum ato da vida civil sem a assistência do marido.

No Código de 1916, a propriedade era quase sacralizada, concedendo a seu titular os poderes a ela inerentes e exercidos com pouquíssimas limitações e sem a definição precisa do que seria um abuso no exercício desse direito.

E, quanto ao positivismo, o legislador de 1916 não deixava aos juízes intimidade à liberdade de examinar os fatos concretos da hipótese jurídica que lhe foi submetida. O juiz “algemava-se” ao texto da lei, não possuindo compromisso único com a justiça social. O seu dever era o de prolatar sentenças legais, isto é, alicerçadas somente no texto da lei.

Foi então que o Estado liberal começou sua decadência. Aliás, contaminado pela própria liberdade, que acabou conduzindo a uma nova escravidão. A autonomia da vontade que pautava os contratos acabou se convertendo na supremacia do mais forte (economicamente) contra o mais fraco.

Os franceses diziam que tudo que era contratual era justo, desde que as partes fossem livres para contratar. O tempo mostrou que esta era uma terrível falácia. Não é somente a liberdade das partes que assegura o equilíbrio e a justiça do contrato. As partes podem ser completamente livres e uma massacrar a outra, que lhe é mais vulnerável.

Assim, o Estado liberal começou a decair e aos poucos foi se percebendo que o Estado precisava abandonar aquela postura de neutralidade e indiferença diante dos fenômenos econômicos e sociais, assumindo uma posição em que pudesse intervir para proporcionar um mínimo de igualdade real, e não apenas uma igualdade formal.

Percebeu-se, então, a necessidade de se proteger a parte mais fraca nas relações civis e contratuais, numa espécie de Justiça Salomônica, em que o Estado tornava juridicamente mais forte aquele que era economicamente mais fraco.

Surge, então, o Estado Social.

E foi nesse cenário que recebemos a Constituição de 1988, sintomaticamente chamada de cidadã. Uma Constituição que traduz a busca

pela liberdade e pela democracia, que volta seus olhos para o ser humano real. Uma Constituição principiológica. Os seus redatores, com as fragilidades de qualquer ser humano, cometeram erros, mas, por felicidade, entenderam que não nos bastava apenas uma nova carta política para fazer esquecer os anos difíceis da Ditadura Militar.

Seus redatores perceberam que o Brasil precisava de uma carta de princípios, capaz de introduzir uma nova ordem jurídica. Por isso, a Constituição de 1988 passou a incluir valores fundamentais, que passariam a inspirar, inclusive, os legisladores. Não é sem propósito que logo no seu artigo 1º, o qual define o Brasil como uma república federativa democrática e um Estado de Direito, a Constituição incluiu, como um dos fundamentos da República, a preservação da dignidade humana.

Já no artigo 3º, inciso III, pela primeira vez aludiu a essa solidariedade social, que é a versão moderna do *fraternité* da Revolução Francesa.

Criou-se, portanto, um novo tempo, que haveria de impactar a sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 fez ainda questão de consagrar o Princípio da Igualdade Real, sem a qual de nada adiantaria a autonomia privada, além do Princípio da Garantia dos Direitos Fundamentais, a densa mensagem que os constituintes de 1988 nos enviaram.

É necessário o estudo hermenêutico dos princípios que nortearam a Carta de 1988.

Primeiramente, verifica-se o Princípio da Unidade da Constituição. As normas constitucionais não podem ser pinçadas do texto e interpretadas isoladamente. A Constituição é monolítica, deve ser lida e entendida como um todo.

O Princípio da Harmonização ou da Concordância Prática. Muitas vezes, magistrados e advogados se deparam com bens constitucionalmente protegidos e cuja proteção é, em princípio, difícil de harmonizar. Mas, o que se quer do aplicador do direito é que, diante deste aparente conflito, ele busque uma solução que harmonize esses valores aparentemente conflitantes, para garantir a plena eficácia da Constituição.

Deste último, decorre o Princípio da Eficácia Integrativa. Na interpretação da Constituição, os operadores do Direito devem sempre buscar aquela solução que melhor integre a Constituição na unidade política e dos princípios éticos.

É a força aplicativa da Constituição, desbordando os limites formais, para então repercutir em toda a ordem jurídica, influenciando na elaboração das normas infraconstitucionais. O Princípio da Interpretação segundo a Constituição denota que estas leis devem ser interpretadas com os olhos postos na Constituição. Não se pode aplicá-las de forma que colidam com a Constituição, sob pena de se trair esses ideais de justiça social, de solidariedade social e de igualdade real.

Por último, tem-se a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, pois são estes direitos que suportam toda a estrutura dessa nova ordem jurídica. Esses princípios não podem ser esquecidos.

A partir da Constituição de 1988, ocorreu a erosão da dicotomia entre o direito público e o direito privado até então existente, em que a Constituição era a “locomotiva” que puxava aquele, e o Código Civil a regra norteadora deste.

Atualmente, a divisão existente entre estes direitos deixou de ser uma “muralha”, passando a ser uma “linha de giz” facilmente apagável. Hodiernamente, esses mundos se interpenetraram. Nesse cenário, ocorreu o fenômeno da constitucionalização ou publicização do Direito Civil, nascendo o Direito Civil Constitucional.

O Direito Civil Constitucional é uma releitura das normas do direito privado à luz dos preceitos constitucionais. Nesse cenário nasceu o Código Civil de 2002.

O Novo Código Civil foi recebido com grandes resistências doutrinárias. De fato, o Código de 2002 está repleto de defeitos. Foi tímido, ao tratar de matérias em que deveria avançar corajosamente.

Porém, tais defeitos foram compensados pela sua grandeza, na medida em que recepcionou os princípios constitucionais de 1988.

O Código de 2002 se inspirou em três grandes paradigmas: a função social do Direito, a efetividade (operacionalidade) e a boa-fé objetiva.

Para a implementação desses valores, houve que se mudar, inclusive, a técnica legislativa até então utilizada no Brasil, a qual não deixava espaços para o Juiz, no sentido de buscar a solução que melhor atendesse à justiça e às partes.

Adotamos, então, inspirados pelo Direito Alemão, a técnica das cláusulas abertas, deixando propositalmente ao juiz a tarefa de preenchê-las, usando os valores e princípios constitucionais, o que, de início, foi muito criticado. Chegou-se a dizer que esse Código iria instituir, no Brasil, a ditadura dos juízes.

O tempo, contudo, mostrou que esse Código não é dos juízes, mas da comunidade jurídica brasileira. O Código que teve a coragem de instalar na sociedade brasileira estes novos paradigmas.

Partindo-se do Princípio da Eficácia Constitucional, o Código de 2002, em inúmeros dispositivos, reflete essas mudanças, fato que ocorre em vários de seus livros.

Começando pela Parte Geral, na qual, logo no seu capítulo segundo encontramos o título “Dos Direitos da Personalidade”. O Código de 1916 só se referia à personalidade para delimitar seu início e seu fim. O Código de 2002 disciplinou esses direitos, nos artigos 11 a 21. E mais ainda, criou uma tutela preventiva e repressiva para esses direitos da personalidade, tornando-os absolutos, intransferíveis, irrenunciáveis, inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

Criou-se o direito à honra, ao sigilo, à privacidade, ao corpo. Criou-se o consentimento informado, que mudou completamente o relacionamento médico-paciente. O médico, que outrora tudo podia em relação ao paciente, sem lhe dar satisfações quanto ao tratamento que lhe iria aplicar. Hoje, em não havendo iminente risco de vida, o Código diz que ninguém pode ser submetido a tratamento ou terapia sem ser previamente informado acerca das suas consequências.

Assim, esses direitos da personalidade, que inauguram o Código de 2002, são fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Ainda na Parte Geral, há o artigo 187, que, pela primeira vez, define que o abuso de direito é um ato ilícito, gerando a responsabilidade civil, aferida objetivamente.

Nesta Parte Geral, encontramos dispositivos que vão prestigiar a garantia do direito à igualdade no momento de contratar; o estado de perigo, a figura da lesão, visando a garantir que os contratos já nasçam justos e equilibrados, para garantir que uma parte não se aproveite da premente necessidade da outra para contratar, ou ainda, de sua inexperiência ou vulnerabilidade.

É a boa-fé objetiva, inspirando esta nova teoria contratualista.

No que tange os Direitos Reais, a propriedade, antes quase sacralizada, hoje sofre limitações importantes, em nome do interesse coletivo.

O artigo 1.228, § 1º, pela primeira vez, submete o exercício do direito à propriedade à preservação da fauna, da flora, das águas, dos monumentos históricos, da cultura do povo. No parágrafo 2º vedam-se todos os atos do proprietário que não lhe tragam nenhuma utilidade e que visem a prejudicar terceiros. É o abuso de direito, aplicado ao direito à propriedade.

Atualmente, qualquer pessoa pode socorrer-se ao Poder Judiciário, pleiteando a cessação dos atos emulativos do proprietário, os quais não lhe tragam proveito, mas tragam o ranço do prejuízo a terceiros.

Em relação aos parágrafos 4º e 5º, tratam-se de exemplos das cláusulas abertas e dessa preocupação social com o exercício do direito de propriedade, através da noção inexata do que seja “extensa área” ou “considerável número de pessoas”, o que deve ser aferido pelo juiz, em cada caso concreto. Trata-se do fortalecimento da posse social, em detrimento da propriedade ociosa.

Também não é em vão que, no artigo 2.035 das Disposições Finais, diz-se que as convenções terão que se submeter a esses princípios, sendo afirmado, em seu parágrafo único, que os efeitos dessas convenções, mesmo celebradas antes do Código de 2002, não prevalecerão se contrariarem os princípios dele emanados, principalmente os princípios da função social da propriedade e dos contratos.

Passando-se ao Direito das Obrigações, a autonomia da vontade, que no passado era quase absoluta, está limitada à função social dos contratos. *Função social do contrato*, nesse sentido, significa impedir que o contrato produza efeitos negativos, prejudiciais a toda a sociedade.

A função social do contrato comporta que este não seja mais relativo e obrigatório apenas aos contratantes, repercutindo, assim, em toda a sociedade. E essa função social é uma cláusula geral, estando implicitamente inserida nos contratos, permitindo que o juiz adentre neles, a fim de verificar se estão cumprindo sua função social.

Os juízes não são mais meros espectadores dos contratos. Não mais, tão somente, aferidores de sua legalidade. Assim, os magistrados são os equilibradores éticos e econômicos dos contratos.

A limitação da autonomia da vontade à função social do contrato é uma nítida indicação da aplicação constitucional no Código Civil. Não é mais possível interpretar os contratos, a não ser através dessa ótica emanada da Constituição.

Como se não bastasse, o novo Código afirma que a interpretação dos negócios jurídicos se fará pelos princípios da boa-fé e da probidade. Isso muda completamente as regras de interpretação dos contratos, antes limitadas ao sentido literal das palavras.

O magistrado de hoje, para interpretar um negócio jurídico, deverá responder às seguintes perguntas: “O que homens honestos estariam perseguindo, ao celebrarem este contrato?”, “Que conduta adotariam homens honestos, na execução deste contrato?” E é com este paradigma do homem honesto, do *bonus pater familias* dos romanos, que o juiz moderno deve interpretar os negócios jurídicos.

Este magistrado tem aplicado esse novo direcionamento, indo ao encontro dessa sistemática, em várias oportunidades, como na sentença prolatada em ação ajuizada em face de Plano de Saúde, visando à conversão de contrato coletivo, para a modalidade individual, após o falecimento do titular, cujas partes da fundamentação e dispositivo abaixo se transcrevem:

“...A Constituição Federal, artigo 196, ao tratar da ordem social, consagrou o direito à saúde como autêntico direito fundamental de todos os indivíduos, o qual se caracteriza como direito constitucional de segunda geração.

Não obstante a natureza constitucional que se pretende ressaltar, diante da questão oferecida a este juízo é fundamental a aplicação da nova dogmática das relações privadas que se estabelecem, a saber: da função social dos contratos, boa-fé objetiva, lealdade contratual e vulnerabilidade do consumidor.

Dispõe ainda, o artigo 421 do Código Civil, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Segundo o Desembargador Sylvio Capanema de Souza, “função social do contrato é fazer com que o contrato se transforme num instrumento de construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o Estado do Bem-Estar”.

O direcionamento jurídico atual abandonou a posição individualista para se afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, que deverá ser útil e justo.

Neste sentido, cumpre concluir que assiste razão à parte autora.

Da análise das alegações das partes e diante do acervo probatório por estas carreado aos autos, restou incontroverso que a parte autora é cliente da empresa ré por força de contrato firmado há mais de dez anos, tendo a mesma sempre adimplido com suas obrigações, no que diz respeito ao pagamento das mensalidades.

Quer se trate de seguro de contratação individual ou de contratação coletiva, o usuário terá sempre a seu favor as normas de proteção do CDC, pois ambos são típicos contratos de consumo. Os direitos do segurado em contrato coletivo de assistência à saúde são praticamente idênticos àqueles decorrentes da contratação direta individual, podendo ele exigir o cumprimento das normas e condições pactuadas.

Assim, a suspensão ou rescisão unilateral do contrato de plano de saúde só pode ocorrer em caso de não pagamento das mensalidades por período superior a sessenta dias consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência, nos termos do art. 13, inciso II, da lei 9.656/98, o que não ocorreu na presente hipótese.

...

Ressalte-se que o contrato de seguro saúde é de trato sucessivo e de longa duração, criando um vínculo de confiança com o consumidor, o qual aguarda ser mantido como beneficiário, não podendo ser rompido unilateralmente.

Deste modo, constitui direito subjetivo da parte autora se manter no contrato celebrado, sem qualquer alteração das regras avençadas, inclusive no tocante ao valor ajustado.

...

Cumpra observar que a mera alteração de titularidade do antigo plano não prestigiaria o Princípio da Segurança das Relações Jurídicas, nas hipóteses de extinção da empresa estipulante ou posterior falecimento da primeira autora.

...

Isto posto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, com a manutenção das relações jurídicas existentes entre as partes, nas mesmas condições e com as mesmas coberturas previstas na proposta de adesão firmada em 10/10/2001 (Fl. 104), passando as demandantes, individualmente, à condição de titulares, mantendo-se, ainda, a emissão dos boletos de pagamento para cada um dos contratos individuais, observando-se o valor antes aplicado a cada uma das demandantes, admitindo-se apenas os reajustes anuais autorizados pela Agência Nacional de Saúde (ANS), tudo sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), para o caso de descumprimento...

No que concerne ao Direito de Família, atualmente houve alguns significativos avanços. O marido, outrora o ápice da pirâmide familiar, desceu à sua base. O Código Civil garante absoluta igualdade jurídica entre marido e mulher e entre companheiros. O “pátrio poder”, anteriormente exercido pelo pai, hoje se chama poder familiar, igualmente exercido por marido e mulher.

Em relação aos filhos menores, o que predomina é o Princípio do Melhor Interesse do Menor. Findou-se aquela presunção de que, em caso de separação, os filhos menores deveriam ficar sob a guarda da mãe. Hoje, o juiz decidirá a guarda dos filhos menores com os olhos voltados para o interesse do menor.

Por influência da Constituição, estabeleceu-se que nem o Estado nem qualquer entidade poderá se imitar na questão do planejamento familiar.

No campo das sucessões, houve um fortalecimento extraordinário da posição do cônjuge na sucessão, criando uma novidade, que é a da concorrência do cônjuge com os herdeiros necessários, dependendo, é claro, do regime de bens adotado.

Assim, tem-se por patente a aplicação da eficácia constitucional no Código Civil de 2002. Não é possível, ao magistrado de hoje, aplicar o Código Civil, senão com a permanente inspiração desses modelos constitucionais. ♦

OS 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

CAMILLA PRADO¹

O novo Código Civil teve longa tramitação no Congresso Nacional, e o seu projeto contou com a participação de nomes como José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Silvio Marcondes e Miguel Reale. A primeira vez que foi submetido à apreciação do Congresso foi em 1975, pelo Presidente Costa e Silva.

Ao longo de mais de três décadas, muitas foram as oportunidades de atualizá-lo, em razão de fatos e valores supervenientes, como, por exemplo, as alterações trazidas pela Constituição da República de 1988 no direito de família. Na medida do possível, outrossim, procurou-se manter o Código então vigente pelos seus méritos e por respeito à doutrina e jurisprudência já fartamente produzidas.

Foram três os princípios básicos que nortearam o novo Código:

1. A **Eticidade**, com o que se procurou superar o apego do antigo Código Civil ao formalismo jurídico. Impossível deixar de reconhecer a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono das conquistas da técnica jurídica que com aqueles deve se compatibilizar. Essa orientação justifica a opção por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a contínua atualização dos preceitos legais.

A questão da boa-fé atina mais propriamente à interpretação dos contratos. O aspecto guarda muita importância com relação à responsabilidade pré-contratual.

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Cível Regional de Campo Grande da Comarca da Capital.

Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. Isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.

Importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar, em cada caso, se o descumprimento decorre de boa ou má-fé. Ficam fora desse exame o caso fortuito e a força maior, que são examinados previamente no raciocínio do julgador, e incidentalmente podem ter reflexos no descumprimento do contrato.

Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico. É ponto da interpretação da vontade contratual.

2. A **Socialidade**, pela superação do caráter eminentemente individualista do antigo código, elaborado quando a maior parte da população vivia no campo. Com a alteração drástica desta realidade, com a aglomeração nas cidades e a mudança na mentalidade reinante, inclusive pelo incremento dos meios de comunicação, inevitável o predomínio do social sobre o individual, o que justifica a mudança na forma de tratar a posse e a propriedade, e a ênfase à função social dos contratos. O novo Código, sensível aos preceitos inaugurados pela Constituição da República de 1988, soube abandonar a principiologia do Código de 1916, que, ancorada nos ideais do liberalismo e do individualismo, acabou por privilegiar a proteção do patrimônio e detrimento do resguardo da pessoa e dos valores existenciais.

3. Por fim, a **Operabilidade**, consistente nas soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e aplicação, eliminando dúvidas persistentes. Não menos relevante é a resolução de lançar mão de cláusulas gerais,

como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção por arte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. Caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias que se apresentarem.

Nessa linha, muitas foram as alterações e inovações. Manteve-se a Parte Geral, que é da tradição do Direito pátrio, destinada a fixar os parâmetros do ordenamento jurídico civil. É ela que estabelece as normas sobre as pessoas e os direitos da personalidade, que estão na base das soluções normativas, depois objeto da Parte Especial.

Quanto à Parte Especial, preferiu-se seguir uma sequência mais lógica do que a que apresentava o antigo Código Civil. Situou-se o Direito das Obrigações como consequência imediata do antes estabelecido para os atos e negócios jurídicos, e disciplinou-se conjuntamente as obrigações civis e mercantis. Passa-se, depois, ao Direito de Empresa, o qual se refere a toda a vida societária, ao Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões.

Nos direitos da personalidade, a disciplina é totalmente nova, não havendo paralelo no antigo Código Civil. Não se reconheciam direitos da personalidade no início do Século XX, o que obrigou grandes temas do Direito Civil a migrarem para a Constituição da República. Isso fez nascer a expressão Direito Civil Constitucional, que reside nas garantias individuais ali previstas, cláusulas pétreas.

No que tange aos negócios jurídicos, toda a sua disciplina é inovadora. No antigo Código Civil, não havia referência a negócios jurídicos, que estavam englobados nos atos jurídicos. A doutrina é quem fazia a distinção. No novo Código Civil, ao contrário, deu-se destaque ao negócio, disciplinando suas disposições gerais, e só se fez uma referência aos atos jurídicos lícitos, e a ele se aplicam as disposições cabíveis.

No Direito de Família, ocorreram mudanças substanciais, instaurando-se a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, com a supressão do pátrio poder, que passou a se chamar poder familiar. Essas alterações importaram na emenda de vários dispositivos, substituindo-se, por exem-

plo, pelo temro “ser humano” a palavra genérica “homem” anteriormente empregada. Mais importante, porém, foram as novas regras que vieram estabelecer efetiva igualdade entre os cônjuges e os filhos, inclusive no Direito das Sucessões.

Por outro lado, o novo Código Civil veio disciplinar melhor a união estável como nova entidade familiar, que, até recente decisão do Supremo Tribunal Federal, só podia ser estabelecida entre homem e mulher. Afastou-se possibilidade de confusão com o concubinato, tendo em consideração o intuito da lei de facilitar a conversão da união estável em casamento.

Muita crítica houve ao longo período de tramitação, falando-se que o novo Código Civil já nascia obsoleto por não ter tratado de questões altamente polêmicas, que demandam ainda reflexões e esforços na busca de soluções. Essas questões, muito modernas, ainda não tiveram sequer consenso ético, moral ou doutrinário, e, portanto, não podem vir reguladas.

O Código Civil não foi feito para servir de lei de experimentação. Não é, evidentemente, uma lei perene, mas uma lei que deve ter uma permanência bem maior, tendo em vista que se trata de um sistema. É uma lei complexa, que se assemelha a uma Constituição do homem comum, tendo em vista que disciplina as nossas relações jurídicas antes mesmo do nosso nascimento e até depois de nossa morte.

A intenção, pois, foi de redigir não uma reforma parcial do Código Civil, mas uma revisão apenas com as modificações que se afigurassem necessárias. Buscou-se conservar tudo aquilo que merecesse ser conservado, inovando-se somente naquilo que necessário fosse. Também porque o Código foi reconstruído durante quase 30 anos dentro do Congresso Nacional, período em que também experimentou os novos paradigmas criados pela Constituição de 1988; muitos artigos e conceitos do CC se confundem de forma positiva e recíproca com aqueles presentes na Constituição, mesmo que em palavras distintas.

Em resumo, o Código Civil é um importante instrumento de pesquisa e utilização pela sociedade nas suas relações jurídicas, que refletem a

própria atuação da pessoa humana em todas suas nuances. Nesse particular, deve-se prestigiar a sua compreensão e aplicação no cotidiano, objetivando a obtenção de maior justiça e equidade na convivência social. No mais, cada item inserido no Código Civil, pela sua extensão e importância, deve ser objeto de análise específica, necessária a compreensão, mesmo que parcial e preliminar, da complexidade que possui. Por exemplo, as questões das Sucessões, dos Títulos de Crédito, da seara da Família, são temas tão vastos que devem, sem sombra de dúvida, ser estudados e interpretados para a correta e justa aplicabilidade.

Desse modo, cabe reforçar que o Código Civil Brasileiro é um compêndio de dispositivos legais essencial na vida civil do país, basilar para as relações jurídicas decorrentes.

Ao longo dos anos, o novo Código Civil sofreu diversas alterações, sempre com o intuito de manter a afinidade possível entre o momento vivido pela sociedade e o regramento jurídico. ♦

O CÓDIGO CIVIL DE 2002, AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS ASPIRAÇÕES CONSTITUCIONAIS

CARLA SILVA CORRÊA¹

O Código Civil de 2002 está completando dez anos, e as inovações por ele trazidas e que nos pareciam, à época de sua natividade, tão prenhes de modernidade, já podem ser sentidas como tímidas à luz da evolução e da dinâmica da sociedade, notadamente no que diz respeito às relações familiares. Com efeito, a ninguém escapa que a legislação, por mais moderna e avançada que possa ser, sucumbirá se comprurada à velocidade das transformações sociais. Regras são estabelecidas tendo como escopo refletir as tendências de determinada sociedade e, se visionárias, buscando dar o norte, acenar com uma diretriz que deve ser seguida por aquele tecido social organizado.

Entretanto, qualquer espécie de regramento jurídico não acompanhará, da maneira ideal, as transformações sociais, as conquistas forjadas no dia a dia das relações interpessoais, as barreiras que diuturnamente são aniquiladas pela cogarem e criatividade do seres humanos, atores tão intensos, tão profundos e tão indispensáveis à evolução da vida como a conhecemos.

Segue daí que os princípios constitucionais, como inspiração e aspiração, nos confortam e nos auxiliam na árdua tarefa de conciliação de uma sociedade absolutamente dinâmica com o regramento jurídico estanque.

Dentre todos os princípios constitucionais, o mais amplo e relevante para a interpretação das normas relativas ao Direito das Famílias me parece

¹ Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Casimiro de Abreu.

ser o princípio da dignidade da pessoa humana. Traduz-se ele na garantia plena de desenvolvimento de todos os membros do grupo familiar, para que possam ser realizados seus anseios e interesses afetivos, assim como na garantia de assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família duradoura e feliz. Sobre esse particular, assim preceitua Maria Helena Diniz:

“[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.”²

Como sabido, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito que se constitui no princípio máximo do estado democrático de direito.

Está ele elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 e ganhou a sua formulação clássica por Immanuel Kant, na **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (título original em alemão: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, de 1785), que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio. Assim foi formulado tal princípio:

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”³

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das Sucessões**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58 e 64.

O rol da dignidade humana é uma das questões mais frequentemente presentes não só nos debates sociológicos e jurídicos, mas também nos debates bioéticos. Em razão das inovações científicas, o ser humano deixou de ser somente sujeito de direito e tornou-se objeto de manipulações. Ficaram, assim, fragilizadas as antropologias que sempre serviram de parâmetro às preliminares da ética e do Direito. As relações familiares, nesse contexto, foram profundamente alteradas.

A dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável a sua realidade e modernização, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

*“[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.*⁴

É relevante referir que o reconhecimento da dignidade se faz inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo tal condição o fundamento da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social.

Aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana está o direito à igualdade. Como já afirmou Maria Berenice Dias:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

“A igualdade é almejada por todos e em todos os tempos. Não é por outro motivo que está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). A igualdade é o princípio mais reiteradamente invocado na Carta Magna. De modo expresse, é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Também ao elencar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O art. 5º começa dizendo: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...). Esse verdadeiro dogma é repetido já no seu primeiro inciso, ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo”⁵

Entretanto, não adianta levantar a bandeira da igualdade no texto legal ou no texto constitucional se essa mesma igualdade não for praticada diariamente, por todos, sem qualquer espécie de discriminação.

E é nesse contexto constitucional, no campo da igualdade plena, que devemos buscar interpretar e dar aplicação às regras do Direito das Famílias trazidas pelo Código de 2002, sendo de relevo ressaltar que nossos Tribunais Superiores assim já têm atuado quando, atendendo a nada mais que um comando da Lei Maior, passaram dar a necessária tutela jurídica aos vínculos afetivos, afastando a possibilidade de a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito e se posicionando no sentido de reconhecer e validar a existência de uniões homossexuais. Ignorar ou não aceitar a viabilidade jurídica dessa situação é “afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo seja”.⁶

⁵ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**, www.mariaberenice.com.br

⁶ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**, www.mariaberenice.com.br

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação, que ocasionou verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. “Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.⁷ Foi derogada toda legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. Também se alargou o conceito de família para além do casamento. E, nesse contexto, sob a luz das afirmações constitucionais, atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que se confirmem direitos e se imponham obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, elas formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. E isso, diante do silêncio do constituinte e da omissão do legislador que poderia ter tratado, mas não tratou dessa matéria, faz com que deva o juiz cumprir com sua função de dizer o Direito, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 126 do Código de Processo Civil.

*“A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos”.*⁸

Tal como ressaltado por José Maria Leoni Lopes de Oliveira em sua fala durante o Seminário realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro a propósito dos 10 anos de vigência do Código Civil de

7 VELOSO, Zeno. “Homossexualidade e Direito.” **O Liberal**. Belém do Pará, 22 maio 1999.

8 RIOS, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o Direito brasileiro e a homossexualidade.” **Revista CEJ** do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 6, dez. 1998.

2002, e na esteira do que vem sendo defendido por Maria Berenice Dias há tempos, devemos estar seguros ao constatarmos que não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe ali é uma recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento se afirmou que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo e, ao fazê-lo, o aplicador da regra constitucional adota postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo, pondo de lado a norma pétrea, consagrada no texto constitucional (art. 1º, inciso III), que homenageia o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Em julgamento recente, dando mais um passo em direção ao prestígio do princípio da igualdade, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em boa hora, a possibilidade de habilitação para casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Quando do julgamento do REsp. 1183378, cuja relatoria coube o Ministro Luiz Felipe Salomão, ficou assentado o entendimento no sentido de que se inaugurou

“com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre

considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade”.

Disse mais o ministro relator:

“O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a

Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis”.

E é sob essa postura constitucionalmente adequada, que prestigia a igualdade mediante a aceitação das diferenças, que valoriza mais os vínculos afetivos e as realidades dinâmicas existentes na sociedade, que o Código Civil de 2002 ainda possui terreno fértil para florescer, sempre com os olhos voltados para o futuro e para o bem-estar da sociedade brasileira, e com a certeza de que é louvável a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e quando se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**. *www.mariaberenice.com.br*;
2. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007;
3. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004;
4. RIOS, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o Direito brasileiro e a homossexualidade”. **Revista CEJ** do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 6, dez. 1998;
5. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
6. VELOSO, Zeno. “Homossexualidade e Direito.” **O Liberal**. Belém do Pará, 22 maio 1999.

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO E A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS

CARLOS EDUARDO IGLESIAS DINIZ¹

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA INCIDÊNCIA NOS CONTRATOS

A boa-fé objetiva, denominada por alguns como boa-fé contratual, foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs a partir de 1896, com base no § 242 do BGB, onde se lê:

“O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

Diferentemente do Código Civil de 1916, que se referia à boa-fé em seu sentido subjetivo, como estado psicológico de ignorância de vícios, o § 242 do BGB traz uma concepção objetiva da boa-fé, voltada para uma conduta leal e confiável, independentemente de considerações subjetivas.

Em sua vertente objetiva, a boa-fé, por intermédio de cláusulas gerais, impõe parâmetros de conduta para as relações sociais, criando direitos e obrigações anexas àquelas existentes nos contratos, no intuito de alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes. Não é demais observar que, se no mundo dos negócios fossem as pessoas, em geral, confiáveis e leais, a consagração do princípio da boa-fé contratual no Código Civil de 2002 teria passado despercebida.

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Araruama.

No Brasil, embora a boa-fé já fosse conhecida desde a década de 70, seu ingresso formal no ordenamento positivo se deu somente em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o Código Civil Brasileiro de 1916 não continha norma geral que consagrasse o princípio da boa-fé, e essa omissão pode ter sido causada em razão da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, sendo importante lembrar que a ausência de tratamento legislativo dedicado ao princípio da boa-fé do Direito Brasileiro causou enormes prejuízos ao estudo e à aplicação desse princípio no nosso sistema jurídico.

Sendo aplicada inicialmente nas relações de consumo, a boa-fé acabou adquirindo um caráter pró-consumidor, que não era inerente ao seu conteúdo dogmático, mas compunha a finalidade do Código. Posteriormente, com a entrada em vigor do novo Código Civil, novamente a ela se fez referência no art. 422, que, como fator de renovação do direito brasileiro contemporâneo, introduziu uma profunda transformação na teoria geral dos contratos, podendo se dizer que nos dias de hoje é impossível se estudar a teoria dos contratos sem uma perfeita compreensão desse artigo, no qual se lê:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O art. 422 acrescenta ao conceito de boa-fé que no passado era apenas subjetivo, o aspecto objetivo.

Um conceito que, no passado, era um conceito ético ou uma exortação ética que se dirigia aos contratantes, para que procurassem agir honestamente, se converteu agora em dever jurídico. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica dos contratos.

Nesse sentido, o art. 422 diz que em todo e qualquer contrato, em todas as suas fases, as partes são obrigadas a manter a mais estrita boa-fé e probidade.

Boa-fé significa, pois, lealdade no cumprimento do contrato, nas negociações preliminares, transparência na redação dos pactos e equilíbrio econômico, pois o contrato deve ter uma equação econômica justa. Significa também cooperação entre as partes para que o contrato seja cumprido, e ainda informação completa. Exige comportamentos que não causem surpresa a outros e que não rompam presunções ou expectativas nascidas na mente de outro pelo seu próprio comportamento, ou seja, proíbe comportamentos contraditórios. Impõe ainda deveres de cuidado e segurança, de aviso e esclarecimento, de prestar contas, de colaboração e cooperação, e de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte.

Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal, na lição de Clóvis do Couto e Silva.

A boa-fé objetiva é a própria norma, fonte direta de deveres de conduta exigíveis, quer do devedor, quer do credor no âmbito das relações obrigacionais, ou seja, a boa-fé atua como fonte de deveres impostos aos contratantes, exigindo-lhes uma atitude de recíproca cooperação como forma de assegurar o exato processamento da relação obrigacional e a consecução da finalidade que justificou a formação daquele vínculo e o seu caráter obrigatório, sendo importante frisar que se cuida de fonte autônoma de direitos e obrigações, não adstrita à vontade nem a texto de lei.

Parte da doutrina denomina esses deveres de cooperação de “deveres instrumentais”, enfatizando a sua serventia como meio para garantir a consecução do fim pretendido com as negociações ou com o contrato.

Teresa Negreiros ensina que “O princípio da boa-fé nos parece um destes instrumentos jurídicos capazes de conformar o direito civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente. Trata-se, antes de qualquer coisa, de reconhecer que o contrato – como, em regra,

as relações obrigacionais – deve ser valorado em seus meios e fins segundo a ordem jurídica econômica desenhada na Constituição” (**Fundamentos para uma nova interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 269).

Não obstante sua importância, o dispositivo tem sofrido inúmeras críticas. Antônio Junqueira de Azevedo em seu artigo intitulado “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos” (artigo publicado Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 1, janeiro, 2000), ressalta que o art. 422 não indica se o dispositivo cuida de norma cogente ou de norma dispositiva. Como segunda insuficiência, aponta que o artigo parece supor a limitação da boa-fé à esfera contratual, esquecendo-se ainda das fases pré-contratual, das negociações preliminares ou tratativas, e pós-contratual, sendo oportuno observar que o campo das tratativas é propício para a regra do comportamento de boa-fé, eis que, aí, não há contrato e, apesar disso, já são exigidos aqueles deveres específicos que uma pessoa precisa ter como correção de comportamento em relação a outra. No entanto, seu âmbito de incidência no direito brasileiro ainda não representa ponto pacífico, chegando mesmo a jurisprudência a restringir sua aplicação em alguns casos. Uma interpretação literal do art. 422 nos leva à conclusão de que a boa-fé só deve estar presente na conclusão do contrato ou na sua execução. Porém, a boa-fé é muito mais ampla, e sendo ela própria a norma jurídica, existe sempre e incide como fonte de deveres, como critério ou como limite a conformar todas as fases da vida do processo obrigacional, quais sejam, a fase inicial de formação do vínculo obrigacional; a fase de realização da obrigação; e a fase final que se desenvolve após a extinção do vínculo. Significa dizer que a boa-fé incide desde as negociações preliminares, na fase pré-contratual até a fase pós-contratual. A boa-fé deve estar presente na proposta, nas tratativas, na publicidade, na oferta, e ainda depois de cumprido o contrato. A terceira insuficiência apontada pelo Professor diz respeito a fase pós-contratual e, portanto, foge ao objeto do nosso estudo, pelo que remetemos o leitor ao artigo acima citado.

Canaris, referido por Menezes Cordeiro em sua obra clássica sobre a boa-fé (**Da boa-fé no direito civil**, p. 635) propõe, inclusive, uma teoria de deveres unitários de proteção no sentido de que desde o início das negociações preliminares, constituir-se-á, entre os intervenientes, um dever específico de proteção, derivado da situação de confiança suscitada e fundado positivamente na boa-fé.

Importante ressaltar, todavia, que o princípio da boa-fé, como cláusula geral, não é aplicável somente às relações contratuais. Pelo contrário, como cláusula geral, exprime a sua aplicação, em maior ou menor grau, a todas as relações jurídicas constituídas em sociedade.

Uma das vertentes da boa-fé objetiva é a proibição de comportamentos contraditórios, princípio conhecido pela expressão *venire contra factum proprium*. A falta de regulamentação positiva desse princípio faz com que sua inclusão no ordenamento se dê por meio da cláusula geral de boa-fé, o que facilita a sua aplicação às relações privadas, inclusive, na esfera extracontratual.

A TRÍPLICE FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Tem-se atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico. A primeira diz respeito a sua função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; em seguida está a função de fonte normativa de deveres jurídicos, que podem até mesmo pré-existir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção e, por fim, a função restritiva do exercício de direitos, ou seja, de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas. Essas três funções estão bem delineadas respectivamente nos artigos 113, 422 e 187, todos do Código Civil.

Essa tríplice função existe segundo Antônio Junqueira de Azevedo “para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque justamente a ideia é ajudar na interpretação do contrato, suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo” (“Insuficiências, de-

ficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”, *in Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, p. 7).

A primeira função alude à boa-fé como critério de interpretação, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. O Código Civil Brasileiro consagra expressamente esta função interpretativa em seu art. 113:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Significa dizer que diante de duas interpretações possíveis para uma mesma estipulação contratual, deve o intérprete privilegiar aquela que estiver mais de acordo com a verdadeira intenção das partes e que esteja de acordo com a exigência de atuação segundo a boa-fé.

Em nome do princípio da boa-fé, o juiz pode temperar o rigor da lei em certas hipóteses, tal como no caso em estudo no qual, na nossa opinião, como se verá adiante, poderá o juiz obrigar o D a contratar entregando as ações vendidas ao PA.

A segunda função da boa-fé é servir de fonte para criação (*supplendi*) de deveres anexos à prestação principal, impondo às partes deveres que não estão expressamente previstos no contrato, tais como o dever de informar, de segurança, de sigilo, de colaboração, entre outros já mencionados anteriormente. Seguramente, existe, no contrato, aquilo a que as partes expressamente se referiram, seu objeto principal, expresso, e depois, há os deveres colocados ao lado, os ditos deveres secundários, que podem ser positivos, do tipo o dever de procurar colaborar com a outra parte, ou negativos, tal qual o dever de manter sigilo sobre algum fato que um contratante soube da outra parte.

Esses deveres secundários se destinam a criar para ambas as partes da relação jurídica um determinado padrão de comportamento, cujo conteú-

do objetivará, por vezes, evitar que a outra parte sofra prejuízo, outras vezes exigir uma atitude de cooperação, para que a outra parte alcance em toda a sua plenitude a finalidade prevista numa relação negocial.

Cabe ressaltar que, em razão da fonte dessas obrigações ter origem não voluntarista, elas existem independentemente da vontade das partes ou até mesmo podem surgir contra a vontade dos contratantes, pois cuida-se de deveres que decorrem da boa-fé.

Como bem explica Judith Martins-Costa, “Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida” (**A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 440).

Outro ponto importante a respeito da segunda função, *supplendi*, refere-se às cláusulas faltantes. É que as vezes as partes elaboram um contrato e, por omissão ou mesmo falta de previsão ou incapacidade redacional, não incluem alguma cláusula e nesse caso, teremos, então, uma lacuna contratual, devendo a boa-fé atuar com norte a ser seguido para a integração do conteúdo desse contrato.

A terceira função da boa-fé objetiva, em relação à qual o Código Civil é omissivo, tem por fim impedir o exercício de direitos em contrariedade à lealdade e confiança recíprocas que devem estar presentes nas relações negociais, ou seja, veda comportamentos que, muito embora sejam admitidos por lei ou pelo contrato, possam colidir com o conteúdo da cláusula geral, estando diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual. Nesse sentido, cabe frisar que o nosso Código do Consumidor, que foi feito depois do Projeto de Código Civil, está muito mais atualizado do que este, uma vez que tratou expressamente das cláusulas abusivas, no vasto elenco do art. 51.

O princípio da boa-fé, com base nesta função de critério ou limite ao exercício de direitos subjetivos, desenvolve a teoria dos atos próprios, que importa em reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes

de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento, na hipótese em que embora ambos os comportamentos considerados isoladamente não apresentem qualquer irregularidade, consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto, incidindo o chamado *venire contra factum proprium*. É o caso, por exemplo, de uma cláusula contratual que por ser tão afastada das obrigações essenciais do contrato, desnatura o próprio contrato.

A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, inclusive nas tratativas, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé.

O que se quer evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque nesse segundo momento não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente.

A função do princípio da boa-fé nesses casos é a de ajustar a letra fria da norma jurídica à necessidade de solução do conflito de interesses, de acordo com padrões de justiça. Trata-se de humanizar a norma jurídica, de fazer com que ela seja aplicada com tempero da incidência da cláusula geral da boa-fé, que contém padrões mínimos de comportamentos em sociedade.

Na prática, essas funções se complementam, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob qual vertente a boa-fé está sendo invocada, ou seja, qual função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular.

A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS

O comportamento incoerente é aquele que se põe em contradição com um comportamento anterior.

A história do direito mostra que, em diferentes épocas, houve formas diferentes de se tratar da incoerência, havendo diversas regras específicas, como, por exemplo, o *Corpus Iuris Civilis*, no qual era possível se vislumbrar uma intenção de coibir a incoerência. O primeiro registro expresso do princípio da proibição de comportamentos contraditórios de que se tem notícia data do século XII, na obra *Brocardica*, do glosador *Azo*, onde se lia, no título X, o aforismo: *venire contra factum proprium nulli conceditur*, ou seja, “a ninguém é concedido vir contra o próprio ato”. Porém, não obstante várias tentativas, só recentemente se veio a cogitar, de forma aceitável, de um princípio de proibição ao comportamento contraditório, diante da necessidade de se tutelar as legítimas expectativas e as fundadas esperanças daqueles sobre quem essa espécie de comportamento repercute, mas ainda assim, o princípio não chegou a ser expressamente enunciado em lei.

O Código Civil brasileiro de 1916 não continha previsão relativa ao comportamento incoerente. O código de 2002, por sua vez, também não trouxe norma geral expressa acerca do princípio, todavia, em algumas passagens demonstrou a preocupação em reprimir o comportamento incoerente, como se pode ver pelos artigos 175, 476, 491 e 1.146. Nesses artigos podemos vislumbrar uma preocupação em evitar as consequências de uma mudança de comportamento inesperada, de uma contradição com uma conduta anteriormente adotada. Entretanto, na falta de norma específica que consagre a proibição do comportamento contraditório ou simplesmente o *venire contra factum proprium*, sua inclusão no ordenamento se dá à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva enunciada pelo art. 422 do Código Civil. Com efeito, voltar-se contra os próprios atos constitui um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera, pois se trata de comportamento que se volta contra as expectativas criadas na contraparte, ou seja, o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o

comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial.

Não obstante, não são todas as expectativas que ensejam a aplicação do princípio, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação objetiva assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão das expectativas assim ocorridas signifique prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída.

Importante frisar que a proibição de comportamentos contraditórios não pretende limitar a liberdade de se mudar de opinião ou de conduta, garantida pelo princípio da autonomia da vontade, mas tão somente frear o exercício dessa liberdade quando dela possa advir prejuízo àquele que legitimamente confiou num comportamento inicial, no intuito de dar maior segurança às relações jurídicas e fazer com que as pessoas adotem comportamentos coerentes, de modo a criar uma nova ética no mundo contemporâneo dos negócios.

Com efeito, o *venire contra factum proprium* só tem aplicação quando e na medida em que a contradição aos próprios atos possa violar expectativas legítimas e a confiança despertada em outrem, que acreditou no comportamento inicial, a assim causar-lhe prejuízo.

A proibição do comportamento contraditório aplica-se, pois, àqueles atos que não são originariamente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não se manifestou expressamente. Sua aplicação é subsidiária, pois restrita à hipótese de ausência de norma que incida sobre o fato. A sanção para o autor da conduta contraditória pode ser o pagamento de perdas e danos ou até mesmo a substituição da manifestação contraditória por meio de uma decisão judicial que faça as suas vezes, desconsiderando o comportamento contraditório e integrando do negócio que deveria ser celebrado. O *venire contra factum proprium* aparece, assim, como um modelo concreto e específico de comportamento contrário à boa-fé, e a proibição de

comportamentos contraditórios surge como fator de segurança, tutelando todas as expectativas legítimas despertadas no convívio social, independentemente da incidência de qualquer norma específica.

A TUTELA DA CONFIANÇA E DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS

O exercício de um ato contraditório é inadmissível, pois viola a boa-fé objetiva no que tange ao dever geral de se levar em conta os interesses e as expectativas da outra parte envolvida numa negociação. O exercício de um direito será, portanto, irregular, e nessa medida, abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas, de modo que, um comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, pode ser tido como contrário a boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.

A consideração pela posição da outra parte, pelas suas particularidades e seus interesses, consiste na razão do desenvolvimento da boa-fé objetiva em um direito dirigido à realização da solidariedade social, pois ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé, mas também como forte expressão da solidariedade social. Nesse sentido, como bem ressalta Bruno Lewick “Foi neste contexto que se construiu a doutrina da boa-fé, caracterizada como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Reduz-se a margem de discricionariedade da atuação privada: o sujeito, para a consecução dos seus objetivos individuais, tem que agir com lealdade, observando e respeitando não só os direitos, mas também os interesses legítimos e as expectativas razoáveis de seus parceiros na aventura social” (“Panorama da boa-fé objetiva”, *in* Gustavo Tepedino (coord.), **Problemas de direito civil-constitucional**, p.57).

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques ensina que “Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo,

pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 107).

Em suma, podemos dizer que as expectativas criadas junto ao outro contratante jamais podem ser frustradas, sob pena de violação do princípio da boa-fé. Espera-se do contratante, estando em curso negociações preliminares ou a execução de um contrato, que atue de modo diligente e leal, vindo a satisfazer a confiança depositada na declaração de vontade originalmente emitida, quando da formação do negócio.

Não só o direito, mas também a economia têm voltado seus olhos para a confiança e, conseqüentemente, para a boa-fé, havendo quem indique o “nível de confiança inerente a uma sociedade” como fator altamente relevante para o desenvolvimento econômico e social.

A tutela da confiança não vem expressamente prevista no ordenamento positivo brasileiro, sendo o seu fundamento, assim como o da proibição de comportamentos contraditórios, indicado pelo art. 422 do Código Civil, que trata da cláusula geral da boa-fé objetiva. O exercício de um direito será, portanto, irregular, se consubstanciar quebra da confiança e frustração das legítimas expectativas, pois contrário à boa-fé e, como tal, estará sujeito ao controle da ordem jurídica com fundamento no art. 422 do código.

CONCLUSÃO

A era contemporânea caracteriza-se pelo dinamismo, pela constante alteração da realidade e da sua compreensão. O ritmo das transformações tem inegavelmente se acelerado. Todos os dias nos chegam novos dados, novas descobertas e novos paradigmas; nosso cotidiano se

transforma, nosso conhecimento se amplia e nossas convicções se alteram. O ser humano moderno, de inteligência, tem a obrigação de mudar de opinião e de certeza várias vezes durante a vida.

O direito, por sua vez, exerce importante papel na transformação da realidade social e na construção de uma nova ética. O direito existe justamente para impedir que o homem extrapole de certos limites, pois, se assim não fosse, se instalaria o caos absoluto e a lei do mais forte ou do mais malicioso.

A proibição ao comportamento contraditório não quer limitar, em absoluto, a liberdade de mudar de opinião e de conduta, mas apenas frear o exercício dessa liberdade quando daí possa derivar prejuízo a quem tenha legitimamente confiado no sentido objetivo de um comportamento inicial.

No âmbito contratual, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato. Da boa-fé objetiva derivam deveres impostos aos contratantes, não previstos no contrato.

O princípio da boa-fé expressa, nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “(...) a principal reação contra as ideias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do Direito”, devendo ser considerada um valor integrado ao sistema.

As partes devem sempre agir com base no princípio da boa-fé, e é este que irá servir como ponto de partida para a análise contratual; em outras palavras, no momento em que é iniciada a análise jurídica de determinada relação contratual, deve-se adotar como premissa que as partes negociaram, celebraram, executaram e terminaram, conforme for o caso, determinado contrato, com base na boa-fé, devendo aplicar o princípio da boa-fé para, então sim, poder concluir se há ou não violação ao princípio, qual seu peso e extensão para avaliação e compreensão das obrigações e responsabilidades das partes em cada uma das fases da relação contratual.

Para a formação do vínculo contratual, é necessário, em concreto, que uma parte proponha à outra determinado regulamento e que a outra parte o aceite, pois o contrato forma-se e as partes se vinculam, precisamente, quando essa proposta e essa aceitação se encontram, dando lugar àquilo que se chama de consenso contratual.

A proibição de *venire contra factum proprium*, simbolizando a tutela da confiança e da lealdade recíproca entre os contratantes, diminui as incertezas e a insegurança que caracterizam as sociedades atuais, cada vez mais complexas e dinâmicas. ♦

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos.” *In: Revista Trimestral de Direito Civil*.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “A boa-fé na formação dos contratos.” *In: Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 1992, v. 87.

CARVALHO MARTINS, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

LEWICK, Bruno. “Panorama da boa-fé objetiva.” *In: Gustavo Tepedino (coord.), Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. “O princípio contratual da boa-fé – O direito brasileiro e os princípios do *unidroit* relativos aos contratos comerciais internacionais.” *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 25. Rio de Janeiro; Padma, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado - Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

NALIN, Paulo. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual.” *In*: Luiz Edson Fachin (coord.), **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma nova interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. “O princípio da boa-fé contratual.” *In*: **Princípios do direito civil contemporâneo**, Maria Celina B. de Moraes (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual – Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SHREIBER, Anderson. **A Proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

A UNIÃO ESTÁVEL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

CLAUDIA NASCIMENTO VIEIRA¹

O artigo 226 da Constituição Federal equiparou a união estável entre homem e mulher ao casamento, dispondo em seu parágrafo 3º que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, e, no parágrafo 4º, preceitua que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

O novo Código Civil, nos artigos 1.723/1.727 e 1.790, estabelece os requisitos fundamentais para a constituição da união estável entre homem e mulher, assim como seus efeitos patrimoniais por motivo de dissolução por convenção entre os conviventes ou pela morte de um deles, matéria que antes era tratada em legislação esparsa. O Código Civil foi omissivo com relação às uniões homoafetivas, cabendo à jurisprudência a extensão da aplicação da lei a essas relações.

O artigo 1.723 preceitua que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Existe nesse dispositivo omissão do legislador com relação à união homoafetiva, que já foi suprida pelo julgamento da ADIN nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 pelo STF, que julgou procedentes os pedidos.

¹ Juíza de Direito Titular da 1ª Vara de Família da Comarca de Nova Iguaçu.

Não é imperativa a coabitação como requisito para a caracterização da união estável, mas a convivência sob o mesmo teto pode ser um meio de prova do relacionamento. Assim, inexistindo a coabitação não resta desqualificada a existência da união estável.

O legislador não estabeleceu lapso temporal para a caracterização da união estável, incumbindo ao juiz reconhecer em cada caso específico a existência ou não de união estável, independentemente do prazo da sua duração.

O parágrafo 1º do artigo 1.723 elenca as hipóteses de impedimentos para a constituição da união estável, que são as mesmas atinentes ao casamento, ressalvada a hipótese do inciso VI do artigo 1.521, que se refere a pessoa casada desde que separada de fato ou judicialmente. E o parágrafo 2º dispõe que as causas suspensivas do artigo 1.523 não constituem óbice para a caracterização da união estável, aplicadas ao casamento.

No artigo 1.724 do Código Civil, estão previstos os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

São livres os conviventes para elaborar contrato escrito com o fito de reger suas relações patrimoniais, assim como o pacto antenupcial, e, se não o fizerem, deve ser aplicado o artigo 1.725, ou seja, a essas relações patrimoniais aplica-se no que couber o regime da comunhão parcial de bens. O contrato deve obedecer às regras de forma e de registro de pacto antenupcial para ter valor jurídico.

O legislador previu que inexistindo contrato escrito entre os companheiros quanto às relações patrimoniais aplica-se no que couber o regime da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil.

Comprovada então a união estável, presume-se a mútua colaboração dos conviventes para aquisição dos bens a título oneroso na constância da união, que devem ser partilhados igualmente, sendo necessária apenas a comprovação da união estável, a data e a forma onerosa de aquisição.

A conversão da união estável em casamento prevista na Constituição Federal deve ser feita mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil competente, gerando efeitos *ex tunc*, pois trata-se de união já existente antes da conversão.

Finalmente o artigo 1.727 apenas reafirma que as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar constituem concubinato, a este não se atribuindo os direitos decorrentes da união estável.

Com relação aos efeitos patrimoniais da dissolução da união estável por convenção entre as partes, deve-se observar a regra do artigo 1.725 do Código Civil quanto à partilha dos bens, ou seja, na hipótese de inexistência de contrato escrito entre os companheiros, deve-se observar as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens.

O novo Código Civil trouxe grandes modificações nas questões referentes à sucessão *causa mortis* nas relações de união estável, tratando a questão em um único artigo e limitando-se a vocação hereditária do convivente ou da convivente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Essa regra não pode ser afastada a não ser que seja elaborado um testamento com o objetivo de tornar o convivente supérstite herdeiro de outros bens que não tenham sido adquiridos de forma onerosa na constância da união.

Todas as hipóteses legais de sucessão *causa mortis* do companheiro ou companheira referem-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo certo que observar-se-á impositivamente essa regra, a não ser que tenha sido elaborado testamento.

Assim, preceitua o artigo 1.790 do Código Civil que somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro.

O inciso I prevê a hipótese de o companheiro ou companheira concorrer com os filhos comuns estabelecendo que terá direito a uma cota equivalente à que for atribuída ao filho.

O inciso II refere-se à hipótese de o companheiro ou companheira concorrer com descendentes exclusivamente do autor da herança, hipótese em que caber-lhe-á somente a metade do que couber a cada um deles.

Havendo outros parentes sucessíveis, o companheiro ou companheira terá direito a 1/3 da herança, nos termos do inciso III do mesmo artigo.

Finalmente, o inciso IV dispõe que, inexistindo herdeiros sucessíveis, o companheiro ou companheira terá direito à totalidade da herança.

Verifica-se que o legislador não previu a hipótese de o companheiro ou companheira concorrer com descendentes comuns e exclusivos do *de cujus*, devendo essa lacuna ser preenchida pela jurisprudência.

A previsão legal refere-se à sucessão quantos aos bens adquiridos onerosamente na constituição da união, excluídos todos os bens adquiridos a título oneroso ou gratuito antes de sua constituição, consequentemente, na hipótese de o *de cujus* não deixar descendentes, ascendentes ou colaterais até o 4º grau, o companheiro sobrevivente não terá direito à sucessão dessa herança, que tornar-se-á jacente, devendo ser devolvida ao município ou ao Distrito Federal se localizada na respectiva circunscrição, ou à União, quando localizada em território federal nos termos do artigo 1.844 do CC.

Prevê o artigo 1.831 do Código Civil o direito real de habitação somente para o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo da participação da parte que lhe cabe na herança relativamente ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Inexiste previsão de direito real de habitação para o companheiro ou companheira, aplicando-se nesta hipótese a Lei 9.278 de 10/05/1996, que se refere à união estável.

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, bem como

as ministras Cármem Lucia Antunes Rocha e Hellen Gracie, acompanharam o entendimento do Ministro Ayres Britto pela procedência dos pedidos com efeito vinculante, dando interpretação de acordo com a Constituição Federal para aplicação do artigo 1723 do Código Civil a qualquer caso de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, podendo assim constituir-se como entidade familiar.

Em decisão unânime aos 17/04/2012, os desembargadores da oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro autorizaram a conversão em casamento da união estável de um casal homossexual que vive em união estável há oito anos, cujo pedido havia sido indeferido pelo Juízo da Vara de Registros Públicos da Capital.

O Desembargador Luiz Felipe Francisco, relator do processo, afirmou que a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento e o Supremo Tribunal Federal determinou que não fosse feita qualquer distinção entre uniões hétero e homoafetivas, não havendo portanto que se negar aos requerentes a conversão da união estável em casamento.

O novo Código Civil regulamenta a união estável, a ela atribuindo efeitos patrimoniais decorrentes da vontade das partes e *causa mortis* entre homem e mulher. Evidentemente, o Código não esgota todas as questões referentes à união estável, sendo certo que as lacunas devem ser preenchidas pela jurisprudência como já vem ocorrendo, notadamente com relação às uniões homoafetivas. ♦

A LESÃO NOS CONTRATOS SOB A LUZ DO CÓDIGO CIVIL

CRISTIANE DA SILVA BRANDÃO LIMA¹

INTRODUÇÃO

O instituto tem origens remotas, em que pese ter sido, por muitos anos, abandonado e repudiado por alguns doutrinadores conservadores, influenciados pelo liberalismo individualista dominante no século XIX.

Desde o seu nascimento, com a Lei Segunda de Diocleciano e Maximiliano (documento cuja autenticidade é discutida), no ano de 285, até os dias atuais, a lesão contratual sofreu inúmeras modificações em sua conceituação, natureza jurídica, campo de abrangência e efeitos.

No decorrer dos anos, pudemos notar, em leis extravagantes, a volta paulatina do instituto em nosso ordenamento jurídico, fazendo-nos sentir a sua positivação no Novo Código Civil.

Finalmente, o espírito de equidade e justiça sob o qual nasceu o instituto da lesão permanecerá vivo, no propósito de reprimir a exploração de um contratante sobre o outro, encerrando a discussão a respeito da intervenção do Estado na liberdade contratual.

Os problemas cotidianos serviram para confirmar o óbvio: as pessoas são diferentes, necessitando as mais fracas de proteção, devendo o princípio da autonomia da vontade, presente nas relações contratuais, sucumbir aos princípios do intervencionismo estatal, agora corporificados na redação do artigo 157 do novo Código Civil, o qual será o foco maior de nossa atenção.

¹ Juíza de Direito Regional do 2º NURC.

DESENVOLVIMENTO

Trata-se o instituto da lesão contratual de conceito puramente baseado no **critério da equidade**, o que se extrai da expressão *humanum est* contida no texto original do diploma legal supracitado, representando uma ruptura total no respeito sagrado à fórmula instrumental.

Tal critério correspondia apenas ao aspecto **objetivo** do conceito, ou seja, preocupava-se em evitar a aparente desproporção entre as prestações nos contratos comutativos, bastando a demonstração de que o preço da venda havia sido inferior à metade do valor real da coisa - lesão *ultra dimidiam*.

Não há dúvidas de que o instituto nasceu das Constituições de Diocleciano e Maximiliano, quais sejam, a do ano de 285 (acima transcrita) e a do ano de 294 (Lei Oitava do Código de Justiniano), sendo que esta última se resumia apenas a uma ressalva ou exceção encaixada no final do rescrito, fazendo referência à primeira.

Entretanto, quando inúmeros juristas, romanistas e latinistas analisaram o texto original na sua forma e fundo, surgiu a seguinte indagação: o instituto teria nascido no terceiro século diretamente com a Constituição de Diocleciano e Maximiliano, como nos é relatado por alguns autores como Silvio Rodrigues² e J. M. Leoni de Oliveira³; ou apareceu no sexto século com a Codificação de Justiniano, que teria lhe acrescentado expressões, modificando o seu texto original?

Embora houvesse um grande número de tratadistas de Direito Romano e de estudiosos no assunto que se inclinavam pela autenticidade dos textos originais da Lei Segunda, alguns autores citados por Caio Mário, como Chretien Thomasius, Girard, René Dekkers, De Page, dentre outros, se esforçaram em demonstrar o contrário.

O péssimo estilo de redação e a linguagem entrecortada, como se não tivesse sido lançada por um só impulso, indicam a interpolação de

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 216.

³ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, v. 2, p. 857.

textos, uma vez que não se poderia acusar Justiniano ou Triboniano (seu compilador) de não terem domínio sobre a língua latina.

Por essas razões, Caio Mário convenceu-se da interferência de Justiniano no conceito original, o qual, na opinião do autor, “teria preferido, talvez para lhe dar o prestígio da ancianidade, atribuí-lo àqueles imperadores a baixar ele próprio um ato que lhe desse origem”.⁴

Ademais, é consente entre todos os autores, até mesmo entre aqueles que defendem a autenticidade dos textos, que, após essas Constituições, não foi colocado em prática o instituto criado, proibindo-se a rescisão dos contratos com base na lesão.

De tudo isso, resta bastante frágil a tese da autenticidade das duas Constituições de Diocleciano e Maximiliano, ficando, entretanto, tudo na base das suposições, em razão da grande deficiência de informações que se tinha na Idade Média.

A fase codificada no Brasil caracterizou-se pelo movimento de repulsa à instituição, inspirado no liberalismo individualista presente entre nós no final do século XIX.

Nesse sentido, o último e efetivo golpe foi dado por Clóvis Beviláqua, excluindo o instituto da lesão quando da elaboração do Código Civil de 1916, sob o argumento de que os Códigos modernos assim haviam procedido.

A doutrina moderna, impulsionada por mudanças políticas, sociais e econômicas ocorridas no século XX, buscou adaptar o direito à moral, aplicando o princípio da boa-fé nos contratos, em busca de justiça e com vistas a evitar a exploração do homem mais fraco pelo mais forte.

A despeito da discussão, através de leis posteriores ao Código Civil de 1916, como a Lei do Inquilinato (Decreto nº 24.150, de 20/04/1934) e a Legislação Trabalhista (Decreto-Lei nº 5.452/1943), percebemos a ten-

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23/24.

dência moderna de abandono ao individual, em busca do social, através da intervenção do Estado nas relações privadas.

O movimento de descodificação do Código Civil, com a promulgação de leis extravagantes como a Lei do Inquilinato, Lei Trabalhista e de Proteção à Economia Popular, propiciou, paulatinamente, a transformação do Direito Civil.

Todas têm em comum a derrogação dos cânones individualistas do Código Civil, pregando o intervencionismo estatal, a realização da equidade e o sentido de proteção ao mais fraco, cumprindo uma finalidade humanizadora, de acordo com as ideias predominantes do nosso tempo.

O conceito de autonomia da vontade, baseada no princípio *pacta sunt servanda*, perde terreno em favor do interesse coletivo, sob invocação da ideia de boa-fé e da regra moral.

Isso não quer dizer que a vontade individual deve ser ignorada, uma vez que “a livre iniciativa é consagrada como fundamento da República, ao lado dos valores sociais do trabalho (CF /88, art. 1º, IV) e da dignidade da pessoa humana (CF/88, art 1º, III)”⁵. Apenas deve se compatibilizar com finalidades gerais, voltadas à coletividade.

Inevitável, portanto, a elaboração de um Novo Código Civil que retratasse bem os novos anseios da sociedade, incluindo institutos como a lesão, inspirada naquela tendência socializadora.

A lesão, finalmente, foi positivada no artigo 157 do novo Código Civil.

O novo Código Civil reflete bem o abandono aos dogmas individualistas vigentes no século XIX.

Os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos começaram a ser mitigados, quando se percebeu que não é a liberdade das partes que promove o equilíbrio contratual, mas sim a igualdade entre elas. Surge, então, a força oposta ao princípio da autonomia da vontade, chamado dirigismo contratual, que caracteriza o Estado Moderno, intervencionista, ao contrário do Estado Liberal Clássico.

⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil” in Tepedino, Gustavo (Coordenador). **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p. 274.

Nesse contexto, tornou-se necessária a estruturação do novo Direito Civil, com base em princípios mais democráticos e socializadores, com vistas a garantir o equilíbrio entre as partes e promover o bem-estar social, em contraposição àqueles princípios individualistas do Código Civil de 1916.

O Novo Código prevê expressamente a função social dos contratos em seu artigo 421.

A função social dos contratos deve traspasar a esfera dos meros interesses individuais, para atender à finalidade precípua de atingir o bem-estar social. Deve instrumentalizar a circulação de riqueza da sociedade, promovendo o equilíbrio contratual, com vistas a evitar o acúmulo daquela em poucas mãos.

Evidencia-se, portanto, o duplo papel da cláusula geral da função social do contrato: além de representar uma limitação ao exercício da autonomia privada quando esta se mostrar incompatível com as exigências da socialidade (conotação adjetiva), pode ser considerada como implícita no próprio conceito de contrato (conotação subjetiva).

Caberá ao juiz, no exercício de sua função jurisdicional, dar concreção a esta norma-princípio.

A boa-fé apresenta-se marcada pela ambivalência, a partir de duas vertentes: **subjetiva** – a qual compreende um estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, desconhecimento, intenção ou falta de intenção de alguém, como ocorre, por exemplo, em matéria de posse – e **objetiva**, correspondente a um dever de conduta contratual, que obriga a certa atitude ao invés de outra, envolvendo deveres, dentre os quais os de informação correta, esclarecimento, lealdade e assistência, dentre outros.

Em termos clássicos, a boa-fé contratual foi invocada apenas sob a ótica subjetiva, consistindo na ausência de dolo, maculador dos atos e negócios jurídicos. O que se esperava dos contratantes era a intenção de agir com lealdade ou a ignorância de estar causando um prejuízo ao outro.

No entanto, esta boa-fé subjetiva não se mostrou suficiente para garantir a função social dos contratos. Deseja-se, agora, que os contratantes

se comportem, durante toda a vida do contrato, com lealdade e honestidade, como impõe a boa-fé objetiva, que significa, acima de tudo, respeito ao outro contratante. Não basta o contratante ter a intenção, mas deve agir com boa-fé. Esta deve se externar através dos comportamentos, atitudes que a demonstrem. Cuida-se de um dever jurídico que as partes deverão assumir, sob pena de intervenção judicial. Conforme Marcelo Guerra Martins, “trata-se de uma regra de conduta que impõe às partes determinado comportamento (lealdade, retidão, etc.), não se perquirindo a consciência ou convicção da prática de um ato conforme o direito”⁶.

A norma-princípio, prevista expressamente no artigo 422 do Novo Código Civil, tem aplicabilidade em três momentos dinâmicos do contrato: pré-contratual (ex: propagandas), contratual e pós-contratual (ex: proibição de violação de sigilo profissional).

Assim como cabe ao juiz analisar cada caso em concreto e criar precedentes a respeito da função social do contrato, a aferição da boa-fé objetiva carrega para o magistrado um acréscimo significativo de sua responsabilidade, visto que o art. 422 é norma vaga, semanticamente aberta.

CONCLUSÃO

O ressurgimento da lesão no ordenamento jurídico pátrio é de grande importância, pois representa um avanço da coletividade rumo ao social, mediante a intervenção do Estado nas relações contratuais, nas quais o princípio da autonomia da vontade triunfava por influência do liberalismo individualista do século XIX.

A própria história, marcada por guerras e dificuldades econômicas, se incumbiu de mudar a visão egoísta predominante no século XIX, para dar lugar a essa tendência socializante do Direito, chamada de dirigismo contratual,⁷ na qual se busca a justiça nas relações contratuais, mediante a intervenção do Estado.

⁶ MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão Contratual no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001, p. 158.

⁷ Expressão de Milton Femandes, “Problemas e Limites do Dirigismo Contratual”, citado por Caio Mário da Silva Pereira, **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 204).

Algumas legislações posteriores ao Código Civil, como a legislação trabalhista, a Lei do Inquilinato, a Lei de Proteção à Economia Popular e o Código de Defesa do Consumidor, trouxeram mecanismos de proteção ao hipossuficiente, sinalizando esta transformação e indicando a volta do instituto da lesão ao direito positivo brasileiro.

Nesse contexto, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que, instituindo o Estado Democrático de Direito, destina-se, sobretudo, “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”⁸.

Dessa forma, o Direito Brasileiro está caminhando para o que realmente **deve ser**: um instrumento de proteção às minorias, buscando justiça e paz, mediante a realização concreta da igualdade formal entre os particulares.

Outrossim, a inclusão do instituto da lesão no novo Código Civil veio para cumprir este papel de democratização do Direito Civil. ♦

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil** (1916). Coordenação do Prof. Dr. Maurício Antonio Ribeiro Lopes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7. ed. Revista, atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Auriverde, 2002.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, preâmbulo.

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Canos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no direito brasileiro**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações** - 2 parte. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEVARES, Ana Luiza Maia. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p. 271-283.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

_____. Lesão nos contratos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Parte geral**. 28. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, v.1.

_____. **Dos Vícios do Consentimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

UMA LEITURA DO PAPEL JURISDICIONAL A PARTIR DO NOVO CÓDIGO CIVIL

CRISTIANE TOMAZ BUOSI¹

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

¹ 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 (...).²*

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

² 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.*³

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

³ 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%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20Luis%20Roberto%20Barroso%20\(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva\).pdf](http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%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 norteada 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].

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

CRISTINA ALCÂNTARA QUINTO¹

Na palestra proferida no dia 30 de março de 2012 um dos temas abordados foi: **“A Responsabilidade Civil nos Dez Anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência.”**

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como o fundamento da obrigação de reparar o dano. Conforme aquela teoria, não havendo culpa, não haveria obrigação de reparar o dano, o que fazia nascer a necessidade de provar-se o nexó entre o dano e a culpa do agente.

Mais recentemente, porém, surgiu entre os juristas uma insatisfação com a chamada teoria subjetiva (que exige a prova da culpa), vista como insuficiente para cobrir todos os casos de reparação de danos: nem sempre o lesado consegue provar a culpa do agente, seja por desigualdade econômica, seja por cautela excessiva do juiz ao aferi-la, e como resultado, muitas vezes, a vítima não é indenizada, apesar de haver sido lesada.

O direito passou então a desenvolver teorias que preveem o ressarcimento do dano, em alguns casos, sem a necessidade de provar-se a culpa do agente que o causou. Esta forma de responsabilidade civil, de que é exemplo o art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal do Brasil, é chamada de teoria objetiva da responsabilidade civil ou responsabilidade sem culpa.

Apesar de a “responsabilidade contratual” e a “extracontratual” fundarem-se normalmente na culpa, há sim diferenças significativas entre elas. Exemplificativamente, na culpa contratual examina-se o descumprimento da obrigação como seu fundamento, enquanto que na culpa extracontratual consideram-se a conduta do agente e a sua culpa em sentido amplo (dolo,

¹ Juíza de Direito do Juizado Especial Civil da Comarca de Itaboraí.

negligência, imprudência ou imperícia). Mais um indicativo de que há distinções entre ambas é o fato de o atual Código Civil disciplinar ambas as responsabilidades em seções diversas do seu texto. Os dispositivos nucleares de uma e outra estão nos artigos 389 e 927, *caput*, do Código de 2002.

Como a própria denominação está a indicar, a “responsabilidade contratual” surge em decorrência da “inexecução” ou da “execução imperfeita” de um contrato. *Parafraseando MIGUEL REALE, “o vínculo de atributividade existente entre os sujeitos corresponde a um “ato jurídico negocial” que é violado, dando origem à responsabilidade. Se a “responsabilidade contratual” nasce do descumprimento de uma obrigação criada pelo negócio jurídico, ela possui um âmbito de incidência bastante definido, que é o dos contratos. A “responsabilidade extracontratual”, ao contrário, consolida-se com a violação a uma obrigação contida na lei”.*

Em verdade, é no campo probatório que reside uma importante distinção entre ambas.

De regra, a “responsabilidade contratual” gera a inversão do ônus da prova da culpa, favorecendo a parte lesada pelo descumprimento do contrato. Para que surja o direito à indenização, normalmente basta que o contratante demonstre a inadimplência do outro e os danos que daí decorram. Assim agindo, a culpa se presume.

Já na “responsabilidade extracontratual”, a prova da culpa ordinariamente cabe àquele que reclama a reparação do prejuízo, exceto nas situações de responsabilidade objetiva. Além de demonstrar os demais pressupostos da responsabilidade civil (conduta,nexo causal e dano), em regra a vítima estará obrigada a provar também a culpa do agente em uma das suas modalidades: dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

A teoria da responsabilidade civil distingue entre a obrigação do devedor no sentido de cumprir o que estipulou com o credor (num contrato) e a obrigação de reparar o dano causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (em direito civil, o chamado delito). Dá-se ao primeiro caso o nome de responsabilidade contratual e ao segundo, responsabilidade delitual, aquiliana ou extracontratual.

A partir do momento em que a apuração da culpa – ou melhor dizendo, a necessidade de prova da conduta ilícita para que surgisse o direito à indenização, – deixava muitos dos casos apresentados aos tribunais sem a devida resposta, isto ocasionou a insatisfação social, que, por seu turno, acabou por impulsionar estudos a respeito de outros fundamentos para a responsabilidade civil que não a culpa.

Foi no direito francês, com Saleilles e Josserand, que a teoria da responsabilidade objetiva foi construída e definitivamente imiscuída nos demais ordenamentos jurídicos.

A necessidade dessa nova interpretação, como mencionado, remontou à Revolução Industrial, em que um número cada vez maior de acidentes de trabalho tornavam indenos os prejuízos daí resultantes, dada a impossibilidade de demonstração da culpa por parte do patrão, valendo ainda exemplos como os casos de transportes de passageiros.

É importante a análise dos pontos em referência de modo a demonstrar os princípios que inspiram a teoria da responsabilidade objetiva, quais sejam a boa-fé e a equidade, como forma de propiciar a entrega de uma tutela jurisdicional mais justa.

Com efeito, a partir do momento em que a evolução das relações sociais, em confronto com preceitos que inspiraram legisladores de outras épocas, torna insuficientes os meios para se obter a indenização correspondente ao dano experimentado, não se deve negar que é preciso rever conceitos antigos.

Segundo essa teoria, o dever de indenizar não mais encontra amparo no caráter da conduta do agente causador do dano, mas sim no risco que o exercício de sua atividade causa para terceiros, em função do proveito econômico daí resultante.

Portanto, consoante referido posicionamento, vale dizer que a parte que explora determinado ramo da economia, auferindo lucros dessa atividade, deve, da mesma forma, suportar os riscos de danos a terceiros.

Deve-se mencionar que a insatisfação produzida pela exigência de demonstração da culpa na responsabilidade subjetiva foi fator preponde-

rante para a mudança de entendimento sobre os elementos caracterizadores do dever de reparar o dano.

No direito brasileiro a teoria da responsabilidade sem culpa foi ganhando espaço primeiramente em casos específicos, como ocorria no Código das Estradas de Ferro, que em seu artigo 17 previa expressamente o seu acolhimento, valendo ainda a ressalva para a Lei dos Acidentes de Trabalho e o Código Brasileiro do Ar.

Posteriormente, ganha importância e relevo a interpretação extensiva dada ao citado artigo 17 do Código das Estradas de Ferro, no sentido de reconhecer objetiva a responsabilidade em praticamente todos os casos de acidentes envolvendo transportes. Contudo, no Código de Defesa do Consumidor o tema veio a ganhar novos contornos, em que passou a ser reconhecida expressamente a responsabilidade independente de culpa do fornecedor de produtos ou serviços (arts. 12 a 17, CDC), baseada na teoria do risco-proveito.

Neste contexto, o atual Código Civil tem relevo indiscutível, pois proporcionou o entendimento de que a teoria da responsabilidade objetiva efetivamente incorporou-se ao direito pátrio.

Da análise dos artigos da Lei nº 10.406/2002 que tratam da responsabilidade civil, pode-se dizer que as inovações são deveras significativas, mormente no que diz respeito aos elementos caracterizadores ou que fundamentam o dever de reparar o dano causado, conquanto é de fácil constatação que, em diversos casos, não mais existe a necessidade da demonstração de culpa.

Assim, o *fato*, e não a *culpa*, torna-se o elemento mais importante para que surja o dever de reparar o dano causado, o que implica radical evolução a respeito da responsabilidade civil.

O Código Civil em vigor, em seus artigos 186 e 927, *caput*, conservou a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundada na teoria da culpa.

Entretanto, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil esta-

belece uma verdadeira cláusula geral ou aberta da responsabilidade objetiva. Inova no sentido de acolher a teoria do risco criado, ou seja, a obrigação de indenizar ainda que a conduta não seja culposa.

Neste sentido a responsabilidade incide nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem. É necessário, portanto, que estejam presentes os demais requisitos, quais sejam, a ação, nexo de causalidade e dano.

A responsabilidade civil objetiva caracteriza-se com a demonstração de três requisitos: conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não sendo exigido, portanto, a demonstração da culpa do agente.

Verifica-se, por fim, uma inovação no campo do direito positivo, a teoria do risco criado. Esta teoria constitui uma questão de socialização dos riscos, pois, o dano decorrente da atividade de risco recairá, sempre, ou no seu causador, ou na vítima, sendo forçoso reconhecer ser injusto que o prejudicado seja aquele que não teve como evitar o dano. ♦

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS E REAIS IMOBILIÁRIAS – O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

DANIELA REETZ DE PAIVA¹

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 trouxe um grande número de cláusulas gerais e conceitos indeterminados², fato este que, no início, causou perplexidade e medo em grande parte dos operadores do Direito.

A existência do duplo grau de jurisdição, os mecanismos próprios de limitação do poder e o tempo provaram, contudo, que não havia motivo para tanto medo.

¹ Juíza de Direito do III Juizado Especial Cível - Capital.

² “Na verdade, o tema das cláusulas gerais relaciona-se com o movimento de descodificação que marca o fim do século XX, e constitui técnica legislativa que permite dotar de mobilidade o sistema jurídico, destacando a atividade do intérprete em detrimento do legislador, que se abstém de tipificar condutas, em benefício da maior sintonia entre os fatos e o fenômeno jurídico. Como bem sintetiza Heloísa Carpena, ‘a legislação por cláusulas gerais permite, em última análise, a constante atualização do ordenamento, dando flexibilidade ao julgador para decidir sobre novas e peculiares situações de conflito, que não poderiam ser previstas na lei ou seriam conduzidas a uma situação injusta. Contrapõe-se, como se percebe claramente, ao dogma da completude do ordenamento e à sua pretensão de atemporalidade, alicerces do positivismo e da Escola da Exegese que lhe deu sustentação’. (...) Desde então, tem sido observada a presença, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de normas que buscam a formulação da hipótese legal mediante emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. (...) Muito embora as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados possuam traços semelhantes, tais como o alto grau de ‘vagueza semântica’ e o ‘reenvio a standards valorativos extrassistemáticos’, certo é que se distinguem, especialmente, no plano funcional. Enquanto os conceitos formados por termos indeterminados sempre integram a descrição do ‘fato’ em exame, arcando ao juiz a simples tarefa de precisar o que a sociedade onde vive tem para si sobre determinada expressão (a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa), as cláusulas gerais funcionam como um instrumental à aplicação do direito propriamente dito, impondo ao magistrado a pesquisa de soluções dentro do próprio sistema, através da análise da jurisprudência e/ou da doutrina, no intuito de criar o regramento aplicável ao caso concreto. As cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, ‘constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas’. A sua concretização exige que o juiz seja ‘reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos nem no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.” (Lautenschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *in* **Abuso de Direito**, Ed. Atlas – 2007 – p. 73-78).

Ao revés, hodiernamente pode-se concluir que a opção legislativa decorreu da evolução histórica de nossa sociedade e se mostrou acertada ao permitir aos juízes uma interpretação mais ampla e casuística das normas aplicáveis à lide, além de conferir certa mobilidade à jurisprudência, fator essencial em tempos de globalização.

Parcela dessas cláusulas gerais e/ou conceitos indeterminados é encontrada no ramo do direito de vizinhança, mais especialmente no uso anormal do direito de propriedade.

O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

Consoante o disposto no artigo 1228 do Código Civil, “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (Grifos meus).³

³ “No art. 1.228 caput o diploma civil traçou o conteúdo econômico e o jurídico do direito de propriedade. Em seguida, no parágrafo primeiro, erigiu os suportes para exercício do direito, condicionando às suas finalidades econômicas e sociais, ressaltando, ainda, o respeito à preservação do meio ambiente. Agora, volta-se para o exercício do direito, que se reprime, quando configurado o *animus nocendi*. Inibe a prática de atos cujo móvel é causar mal a outrem. Penetramos, aqui, em aplicação da teoria da abuso de direito. Nesse passo a jurisprudência francesa, que impõe restrições aos atos abusivos do proprietário, que se tipificam quando ele exerce seu direito sem um interesse sério ou visando prejudicar a outrem (Cf. Pierre Voirin, *Manuel de Droit Civil*, t. 1, 23ª Ed. P. 245, nº 508). Em rápida síntese, lembramos que a teoria do abuso do direito está assentada na concepção relativista dos direitos, em cuja sistematização teórica deparamo-nos com duas correntes: a) a subjetivista, que vacila entre dois critérios: o intencional e o técnico. Pelo primeiro, o abuso pressupõe o ânimo de prejudicar; no segundo, o exercício culposo; a objetivista divide-se em dois critérios, a saber: o econômico, em que o abuso se desenha sempre que o direito é exercido sem legítimo interesse, e o teleológico, quando não se exerce conforme sua destinação econômica e social (Cf. Marco Aurélio S. Viana, Curso, cit. Parte Geral. V. 1, Ed. 2001, p. 316). Como já observado, foi no direito de propriedade, por ser mais propício ao exercício anormal pela significação que lhe se atribua, que, primeiramente, se aplicou o princípio da relatividade’ (Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 3ª Ed., nº85). É o clássico caso Bayard: um proprietário de terreno vizinho ao campo de atracação de dirigíveis edificou, sem qualquer interesse, impondo manifesto perigo para o pouso das aeronaves, enormes torres. Assim agindo ele estava exercendo de modo anormal seu direito de propriedade (...). (Viana, Marco Aurélio S. *77 Comentários ao Novo Código Civil – Dos Direitos Reais* – volume XVI, Ed. Forense, 2003, p. 44-46).

Ressalte-se, ainda, a regra do artigo 1277: “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

Em priscas eras, o direito de propriedade era absoluto. Atualmente, como todo e qualquer direito, deve ser exercido de forma ponderada com os demais interesses em jogo, dando-se prioridade ao coletivo e não mais ao individual.

O exercício do direito de propriedade passou, portanto, a ser lícito apenas em seu uso normal.

O conceito, contudo, da normalidade ou anormalidade do uso da propriedade é aberto, motivo pelo qual apenas no caso concreto⁴ poder-se-á concluir pela ocorrência ou não de atos nocivos e/ou interferências prejudiciais juridicamente relevantes.

Passo, pois, à análise de dois casos concretos, por mim julgados, quando concluí pela ocorrência do uso anormal da propriedade.

⁴ “O uso anormal da propriedade, por sua vez, é aquele que ultrapassa os limites do que deve ser tolerado pela pessoa mediana, e que também só pode ser aferido na situação concreta. Seria o caso, por exemplo, do ocupante de um prédio que nele instalasse uma marcenaria cuja serra fosse excessivamente ruidosa, ou que todos os dias nele queimasse lixo, enchendo a vizinhança de fumaça. Ou, ainda, que viesse a fazer escavações tão profundas que estivessem ameaçando de desabamento os prédios contíguos. Nesses casos, de modo geral, o vizinho prejudicado pode exigir que cesse a atividade que está causando a perturbação. E veja-se que o fato do vizinho que causa o incômodo ter se instalado primeiro na área não é suficiente para justificar a tolerância dos incômodos causados. Como bem esclarece Hely Lopes Meirelles, a pré-ocupação do local não atribui ao vizinho o direito de perturbar o sossego, a saúde ou a segurança da vizinhança, por isso que a anterioridade que poderia justificar a manutenção do uso que incomoda não é a individual e acidental, mas sim aquela prevista de modo coletivo, nas normas municipais referentes ao zoneamento do bairro em questão. Seria o caso, por exemplo, da fábrica ruidosa que se instalou em bairro destinado, pelas normas de zoneamento, à instalação de indústrias.

(...) Por outro lado, não se pode esquecer que é possível que um certo uso que se dê ao imóvel, inobstante poder ser enquadrado como anormal, podendo causar prejuízos aos vizinhos, ser socialmente necessário. E aí, levando-se em conta a função social da propriedade, o limite do que deve ou não ser permitido deve ser visto não mais apenas em função da normalidade, e sim também em função da necessidade coletiva, e o prejudicado, em casos tais, ao invés de pleitear a cessação do incômodo, terá que suportá-lo, apenas tendo direito ao recebimento de uma indenização e, se possível, de pleitear a redução de tal incômodo.

(...) Em resumo, o uso do prédio pode ser separado em normal e anormal, em qualquer dos casos podendo haver incômodo ou prejuízo para a vizinhança, por isso que a normalidade ou anormalidade não podem ser aferidas em função da existência desse incômodo, e sim em função da intensidade do mesmo, vale dizer, se está ou não dentro dos limites normais de tolerabilidade.

Se o uso for normal, é evidente que o vizinho prejudicado não terá qualquer medida a adotar, para que cesse tal uso, e nem ao menos terá o direito de ser indenizado.

DOIS CASOS CONCRETOS

a) Sentença proferida nos autos do processo nº 2004.807.021455-3

“Inicialmente, cumpre salientar ser dispensado o relatório, nos termos do disposto no artigo 38 da Lei nº 9.099/1995. Versa a hipótese sobre ação movida por xxx em face de xxx, em que objetiva o autor indenização por danos morais.

A ré, em sua contestação, fez pedido contraposto.

Constata-se, do exame das provas constantes dos autos, em especial os depoimentos colhidos em audiência e os documentos anexados aos autos, que o autor, por mais de uma vez, excedeu o limite razoável da boa convivência, em contrariedade ao disposto no artigo 1228 §§ 1º e 2º do Novo Código Civil. À luz da Constituição Federal e do Código Civil, o direito de propriedade (e de posse) de bens deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, ou seja, deve ser exercido de forma a não prejudicar ou restringir os direitos de outrem, em clara ponderação dos interesses em jogo.

Se o uso foi anormal, contudo, deve-se ainda perquirir se o mesmo é ou não socialmente necessário, para que se possa avaliar qual a providência cabível. Caso positiva a resposta, vale dizer, se houver necessidade social nesse uso anormal, o prejudicado não terá como impedi-lo, pois o interesse social prevalece sobre o individual, tendo no entanto o direito ao recebimento de uma indenização e a pleitear a adoção de medidas que possam reduzir o incômodo causado. Na hipótese de tal uso anormal não corresponder a uma necessidade social, só aí é que o prejudicado poderá exigir a sua cessação.

É de se realçar, diante do que acima se disse, que o uso só pode ser qualificado como normal ou anormal diante de uma situação concreta, sendo que a primeira coisa a ser verificada é a intensidade do dano causado. Se este, nas circunstâncias do caso, está situado dentro dos limites do tolerável, não há qualquer restrição a ser imposta ao causador, por isso que a própria convivência social conduz a que o vizinho incomodado tenha que suportar certos incômodos de pequena monta, somente devendo ser imposta a restrição se forem ultrapassados tais limites.” (Junior, Aldemiro Rezende Dantas, *In O Direito de Vizinhaça* – 1ª edição – 2007 – 2ª tiragem. Ed.Forense, p. 68-70).

No caso em tela, a par das divergências acerca de ser permitido ou não o estacionamento de carros de visitantes em frente à residência da autora (eis que restou demonstrado nos autos que apenas os visitantes do réu o fazem, existindo local previamente destinado para o estacionamento, não tendo restado suficientemente esclarecida a natureza jurídica das ruas internas do condomínio e ausente convenção ou deliberação da assembléia sobre tal ponto), infere-se das provas constantes dos autos que tal fato prejudica a entrada do veículo da reclamante na garagem.

Note-se constar de uma das atas do condomínio anexadas em audiência menção do autor sobre eventual danificação da calçada da residência da autora em decorrência das manobras efetuadas por esta para entrar na garagem, o que corrobora a alegação da autora, de que o estacionamento no local em questão impede ou dificulta a manobra, pelo que, ainda que a rua seja pública, o estacionamento no referido local é, no mínimo, desaconselhável.

Ademais, o autor comumente faz uso do aparelho de som de seu carro, quando este se encontra do lado de fora de sua residência, deixando o volume alto, o que atrapalha o sossego e a tranquilidade da vizinhança, dentre os quais, a ré (fato este comprovado pelo depoimento de testemunhas e por documentos).

Consoante o disposto no artigo 1277, caput, do Novo Código Civil, possui a ré, portanto, o direito à cessação das interferências prejudiciais ao seu sossego e à sua saúde, não tendo o autor, por outro lado, logrado comprovar tivesse a reclamada se excedido, ao fazer as reclamações, tanto pessoalmente, quanto junto ao síndico.

Verifica-se, ainda, que eventuais injúrias proferidas o foram no calor da discussão, encontrando-se acobertada pela legítima defesa (artigo 188, I do Novo Código Civil, não se configurando a hipótese descrita no parágrafo único da mesma norma) e pelo fato de, posteriormente, ter a outra parte revivido as ofensas.

Conclui-se, assim, ter o autor praticado ato ilícito, nos termos do disposto no artigo 187 do Novo Código Civil, combinado com o artigo 1228 do mesmo diploma legal, ao exceder os limites da utilização razoável de direitos, principalmente o de propriedade.

Os danos morais decorrem *in re ipsa*, da conduta ilícita do autor antes exposta, a qual causou para a ré transtornos, aborrecimentos e angústias passíveis de indenização, principalmente diante da evidente violação de sua tranquilidade e de seu sossego.

Para a fixação dos danos extrapatrimoniais, de seu turno, deve-se levar em consideração, segundo o escólio do ilustre jurista e Desembargador, Sergio Cavalieri Filho, “a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.” (Filho, Sergio Cavalieri. *In Programa de Responsabilidade Civil*. Ed. Malheiros. 5ª edição, p. 108).

Com base nos parâmetros acima, entendo razoável fixar os danos morais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A litigância de má-fé não se delineou na espécie.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido principal e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO CONTRAPOSTO, para condenar o autor a pagar à ré R\$ 2.000,00,

montante este acrescido de juros de mora a contar da citação e correção monetária a partir desta data.

Sem custas e honorários advocatícios, nos termos do disposto no artigo 55 da Lei nº 9.099/95.”

b) Sentença proferida nos autos do processo nº 2004.807.010216-7:

“Inicialmente, cumpre salientar ser dispensado o relatório, nos termos do disposto no artigo 38 da Lei nº 9.099/1995.

Versa a hipótese sobre ação movida por xxx em face de xxx, objetivando a condenação da ré a comprovar a realização de serviço de desratização e controle de vetores e zoonoses, além de indenização por danos morais.

Constata-se, do exame das provas constantes dos autos, em especial as fotografias de fls.19-20, o documento de fls. 17-18 e o depoimento pessoal da autora, que há, efetivamente, uma infestação de ratos no galpão de propriedade do réu.

Por outro lado, não logrou o réu comprovar – ônus que lhe incumbia, a teor do disposto no artigo 333, II do Código de Processo Civil Pátrio – tivesse tomado as providências necessárias para conter a infestação dos animais, não tendo trazido aos autos qualquer prova acerca da contratação de serviço de desratização ou afim.

Ora, faz parte do substrato das regras de experiência comum que a existência de ratos na vizinhança de prédios residenciais pode gerar a proliferação de doenças graves.

À luz da Constituição Federal e do Código Civil, o direito de propriedade (e de posse) de bens deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, ou seja, de

forma a não prejudicar ou restringir os direitos de outrem, em clara ponderação dos interesses em jogo.

No caso em tela, a utilização do galpão pela ré está pondo em risco a saúde e o bem estar da população vizinha, caracterizando o uso nocivo da propriedade, vedado por nosso ordenamento jurídico.

Consoante o disposto no artigo 1277, caput, do Novo Código Civil, faz jus a autora, portanto, à cessação das interferências prejudiciais à sua saúde.

Deve a ré, destarte, comprovar a realização de serviço de desratização e de controle de vetores e zoonoses.

Note-se que os ratos se alojaram dentro do galpão, pelo que, a par de eventual responsabilidade do Poder Público, é a ré parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, diante dos deveres legais do proprietário/possuidor, acima referidos.

Violado o dever jurídico, exsurge o dever de indenizar.

Os danos morais decorrem *in re ipsa*, da conduta ilícita da ré antes exposta, a qual causou para a autora transtornos, aborrecimentos e angústias passíveis de indenização, principalmente diante do evidente risco à sua saúde.

Para a fixação dos danos extrapatrimoniais, de seu turno, deve-se levar em consideração, segundo o escólio do ilustre jurista e Desembargador, Sergio Cavalieri Filho, “a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstân-

cias mais que se fizerem presentes.” (Filho, Sergio Cavalieri. *In Programa de Responsabilidade Civil*. Ed. Malheiros. 5ª edição, p. 108).

Com base nos parâmetros acima, entendo razoável fixar os danos morais em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar a ré a comprovar, em trinta dias a contar desta data, a contratação de serviço de desratização, controle de vetores e zoonoses, no endereço apontado na petição inicial, sob pena de multa diária de R\$ 50,00. Condene a ré, ainda, a pagar à autora R\$ 1.000,00, montante este acrescido de juros de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária a partir desta data.

Sem custas e honorários advocatícios, nos termos do disposto no artigo 55 da Lei nº 9.099/95.”

CONCLUSÃO

As hipóteses acima demonstram que o direito de propriedade não mais é absoluto, e deve ser exercido de modo a não prejudicar os interesses alheios, principalmente os da coletividade.

Eventuais sacrifícios devem ser aceitos, e, até, impostos pelo Estado Juiz caso o particular se recuse a agir dentro da normalidade. ♦

BIBLIOGRAFIA

JUNIOR, Aldemiro Rezende Dantas, **O Direito de Vizinhança** – 1ª edição – 2007 – 2ª tiragem. Ed. Forense;

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil – Dos Direitos Reais** – volume XVI, Ed. Forense, 2003;

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo, **Abuso de Direito**, Ed. Atlas – 2007;

Palestras e Jurisprudência.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DEZ ANOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL, NA CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

DANIELLE RAPOPORT¹

O “Seminário 10 anos do Código Civil”, realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro nos dias 29 e 30 de março de 2012, foi dividido em temas, dentre eles o da responsabilidade civil nos dez anos da codificação civil, na construção da doutrina e da jurisprudência, ao que passo à análise neste momento.

Em primeiro lugar deve ser dito que, diferentemente do Código Civil de 1916, que consagrou na cláusula geral do seu artigo 159 apenas a responsabilidade subjetiva, o Código Civil de 2002 contém cláusulas gerais tanto para a responsabilidade subjetiva - fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, em que a culpa é um dos seus elementos - como para a responsabilidade objetiva - cujo campo de incidência é mais amplo, e diz respeito à contrariedade entre a conduta do agente e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente.

As cláusulas gerais que consagram a responsabilidade objetiva estão dispersas pelo Código Civil, como nos seus artigos 187 (abuso do direito), 927, parágrafo único (exercício de atividade de risco ou perigosa) e 931 (danos causados por produtos).

A primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, e que será objeto de análise neste trabalho, é disciplinada pelo artigo 187 c/c artigo 927 do Código Civil, *in verbis*:

¹ Juíza de Direito Titular do Juizado Especial Cível da Comarca de Araruama.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, o abuso de direito é configurado pelo Código Civil como ato ilícito, em que a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do direito.

Sobre o abuso de direito, escreveu Sergio Cavalieri Filho² :

“O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal”.

Julgados do nosso Tribunal de Justiça reconhecem, em inúmeros casos, a responsabilidade civil decorrente da prática de atos que evidenciam o exercício anormal do direito, como exemplifica a ementa abaixo transcrita:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO, COM COMENTÁRIO JOCOSO. LIBERDADE DE IMPRENSA. INOBSERVÂNCIA DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS. ABUSO DE DIREITO. ATO ILÍCITO. CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA À IMAGEM DA AUTORA. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM*

² CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª Edição. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2005, p. 170.

FIXADO DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO.- A publicação de foto da autora, com comentário sarcástico e irônico sobre sua aparência não teve nenhum cunho informativo, mostrando-se capaz de causar mácula a sua dignidade”³.

As razões do voto destacam, com precisão, o alcance da norma. É certo que a Constituição Federal assegura a livre manifestação do pensamento e informação, e, conseqüentemente, o exercício da liberdade de imprensa. Contudo, o exercício de tal direito esbarra nos direitos da personalidade, igualmente constitucionais.

Logo, havendo conflito entre esses direitos fundamentais, cabe o confronto no caso concreto, para sopesar a ocorrência da abusividade da liberdade de informação e, por conseguinte, a configuração de dano a imagem.

No caso em comento, é certo que a publicação da foto de um indivíduo, com comentário sarcástico e irônico sobre sua aparência, certamente não possui nenhum cunho meramente informativo, ao contrário, tem escopo de macular a dignidade da pessoa humana. Uma publicação nesse sentido, certamente, vai além da liberdade de imprensa, caracterizando abuso de direito e, portanto, ato ilícito, passível de compensação por danos morais, como reconhecido no julgado.

No direito de vizinhança tem sido comum a aplicação do abuso do direito para resolver conflitos, como se verifica pelos julgados abaixo arrolados:

“CONFLITO DECORRENTE DE RELAÇÃO DE VIZINHANÇA. Condomínio. Implementação de benfeitorias em área comum que gera transtornos a condômino. Ponderação necessária entre o interesse social dos demais condôminos e a suportabilidade ou não do incômodo, para quem se diz prejudicado com o uso anormal da propriedade por outrem. Prova

³ Apelação Cível, Processo nº 0206891-36.2009.8.19.0001 - 1ª Ementa; Des. Vera Maria Soares Van Hombbeeck; Julgamento: 06/12/2011, Primeira Câmara Cível.

pericial que confirma o desconforto suportado pela moradora, o qual ultrapassa o limite do tolerável. Abuso do direito. Dano moral não configurado, por se cuidar de hipótese de mero aborrecimento. Inexistência de abalo psicológico ou ofensa à dignidade da parte. Sucumbência recíproca reconhecida. Recurso provido em parte”⁴.

“APELAÇÃO. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. JULGAMENTO PREMATURO. CERCEAMENTO DE DEFESA MANIFESTO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. A ação de nunciação de obra, prevista no art. 934, do CPC, tem por fim evitar o abuso do direito de construir, tutelando relações jurídicas de vizinhança, condomínio ou administrativas, através da qual se pleiteia a paralisação de obra nova e a restituição das coisas ao estado anterior. Objetiva-se com a ação criar limites, com o escopo de conter os abusos no direito de construir, pois se de alguma forma, a obra em prédio vizinho, vier a interferir no uso normal da propriedade, terá o proprietário do imóvel prejudicado direito de embargar a construção de prédio vizinho. [...]”⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial⁶ oriundo do Rio de Janeiro, ao apreciar questão que envolvia servidão convencional em imóveis situados em encosta no Alto Leblon, reconheceu o exercício abusivo do direito de plantio de árvore pelo proprietário lindeiro.

No caso submetido à análise, o proprietário do prédio inferior havia construído muro divisório, prejudicando a aeração, ensolação e visão panorâmica do prédio superior, razão por que foi proposta ação, com fundamento no abuso do direito de tapagem, que terminou por acordo, no

⁴ Apelação Cível, processo nº 2008.001.23198; Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 21/05/2008 – Segunda Câmara Cível.

⁵ Apelação Cível, processo nº 0010468-25.2006.8.19.0061; Des. Renata Cotta - Julgamento: 09/11/2011 – Terceira Câmara Cível.

⁶ Resp 935474/RJ, Recurso Especial 2004/0102491-0, Relator Ministro Ari Pargendler; Relator para Acórdão, Ministra Nancy Andrihgi. T3 Terceira Turma, Data do Julgamento: 19/08/2008; Data da Publicação/Fonte: 16/09/2008, RDR vol. 43, p. 266.

sentido de que o muro seria cego (cheio) até a altura de 02 metros, e daí em diante seria composto por elementos vazados no sentido vertical, enviesados e com espaçamento que possibilitassem a aeração, ensolação e vista da paisagem a partir do prédio superior.

Posteriormente, surgiu novo conflito, no qual o proprietário do prédio superior alegou que o plantio deliberado de árvores ao longo do muro divisório acabou por gerar os mesmos efeitos anteriores.

Após realizada perícia, foi verificada a inexistência de prejuízos quanto à aeração e ensolação, cingindo-se a controvérsia à alegação de limitação da vista panorâmica de que desfrutava o imóvel superior, tendo em vista a instalação de armações em arame e colocação de trepadeiras acima do muro divisório, impedindo a vista da Lagoa.

Efetivamente, conforme reconhecido no julgado, o ato do proprietário do prédio inferior, que substituiu o muro de alvenaria por “muro verde”, que, de igual forma, impedia a vista panorâmica, configurou abuso do direito de plantio de árvores, desrespeitando o dever de boa-fé objetiva, conforme previsto no artigo 187 do Código Civil.

CONCLUSÃO

Após essa breve exposição, deve ser dito que o nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, sendo que o Código Civil de 2002 elevou tal proibição ao nível de princípio geral, válido para todas as áreas do direito, cabendo ao julgador apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o desvio no exercício do direito de modo a causar danos a outrem. ♦

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA EVOLUÇÃO DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL AO LONGO DOS 10 ANOS DE EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

DENISE DE ARAÚJO CAPIBERIBE¹

INTRODUÇÃO

No Código Civil editado em 1916, portanto, no início do século XX, não havia referência expressa ao princípio da boa-fé objetiva, visto que este nasceu sob à égide do liberalismo em que ainda reinavam soberanos os princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos.

Em tal época, acreditava-se que todas as pessoas eram livres para contratar, razão pela qual tais princípios bastavam por si só na interpretação dos contratos e, assim, serviram de base para a formação de sua concepção tradicional.

Com o decorrer do tempo, verificou-se que tais princípios eram insuficientes e não mais retratavam as necessidades da civilização moderna, baseada na sociedade de consumo e em contratos de massa, nos quais nem sempre a vontade da parte, mormente da parte mais fraca, conseguia se inserir em formulários redigidos previamente pelos contratantes de massa.

Com tais mudanças significativas, o Direito Civil Clássico, positivado no Código de 1916, começou a ruir diante das significativas alterações

¹ Juíza de Direito da 4ª Vara de Família de Madureira.

sociais e da necessidade de leis especiais que as regulassem, uma vez que esse diploma não previa respostas a todos os problemas que emergiam. Assim, surgiram microsistemas voltados a diferentes matérias como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outros.

A partir de tal percepção, verificou-se a necessidade de criar novos mecanismos e princípios, mormente no que diz respeito à interpretação dos contratos, visando a atender às novas exigências de tal realidade. Esta profunda transformação alterou a perspectiva sob a qual se entende o Direito Civil, agora considerado sob o ponto de vista constitucional.

Ressurgiu então o princípio da boa-fé objetiva que, ao lado do princípio da função social do contrato, se erigiu como principal norte na exegese das relações contratuais.

A normatização do princípio da boa-fé objetiva foi formalizada com a edição do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso III, como linha de interpretação, e também no art. 51, inciso IV, como cláusula geral.

Uma década após a edição da Lei 8.078/90, é sancionado o Código Civil de 2002, que igualmente positivou o princípio da boa-fé objetiva em seu texto, criando um novo parâmetro de conduta a ser observada pelos contratantes nas relações comuns.

A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO NO CÓDIGO CIVIL

A boa-fé objetiva veio permear a nova teoria contratual, impondo às partes que se portem de forma honesta, leal e proba, durante todas as fases do contrato.

A importância outorgada ao princípio da boa-fé objetiva é facilmente notada a partir da constatação de que tal princípio é mencionado diversas vezes ao longo do Código Civil, reconhecendo a doutrina que apenas em três casos a referência se faz à sua vertente objetiva.

Inicialmente, há referência expressa a tal princípio no artigo 113 que estabelece ser necessária, na interpretação dos negócios jurídicos, observar a boa-fé.

Posteriormente, na normatização do ato ilícito, o princípio da boa-fé objetiva é mencionado no artigo 187, ao conceituar o abuso do direito do titular do direito que, ao exercê-lo, excede, dentre outros, os limites impostos pela boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva aparece também no Código Civil como cláusula geral no artigo 422, exigindo dos contratantes que observem, seja na fase pré-contratual, seja durante sua execução, o dever de probidade e de lealdade.

Como cláusula geral, tal dispositivo, dentre outros espalhados no diploma civil, evidenciam que o atual Código constitui um sistema aberto, conferindo ao magistrado, como intérprete da norma, resolver o caso contrato verificando se os partícipes da relação jurídica em debate se portaram como exige tal regra. Para tanto, deve ser feita pelo magistrado uma análise, visando, verificar se a conduta em debate pode ser considerada padrão, ou seja, aquela que qualquer homem médio tomaria no caso concreto.

O princípio da boa-fé objetiva se distingue do princípio da boa-fé subjetiva exatamente porque neste é necessário fazer uma análise da percepção individual do agente cuja conduta está sendo analisada, visando a verificar se este acreditava que tal agir era correto, mesmo que esse não seja o padrão de conduta normal do homem médio naquela situação.

Já a boa-fé objetiva estipula regras de conduta que prescrevem um comportamento fundado na lealdade, a ser observado por todos, que devem considerar as expectativas geradas por terceiros.

Tais regras atuam como verdadeiros paradigmas de condutas objetivas, as quais são traçadas tendo como parâmetro a figura do homem médio. Exige-se, assim, que as partes se portem de forma plausível, com a devida prudência, alinhando sua conduta a comportamentos de cuidados suficientes e razoáveis.

Verifica-se que o princípio da boa-fé exerce três funções distintas, a saber: i) função interpretativa, diante do disposto no artigo 113; ii) função corretiva e de controle de exercício de um direito, face o disposto no

artigo 187; e por fim, iii) função de integração do negócio jurídico, como lançado no art. 422.

Na primeira função, a boa-fé significa um critério hermenêutico objetivo de que o juiz deve se valer na busca da supressão das lacunas da relação contratual, de forma a preservar as justas expectativas das partes contratantes.

Sob a ótica da segunda função, a boa-fé assume função semelhante à figura do abuso de direito, não admitindo condutas que contrariem o dever de agir com lealdade e probidade, pois somente assim o contrato alcançará a função social dele esperada.

Por fim, a terceira função visa a criar deveres anexos que devem ser observados pelos contratantes em todas as fases do contrato, inclusive, na fase pré-contratual e pós-contratual, porquanto os efeitos do contrato se protraem no tempo.

APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Enquanto nas relações de consumo observa-se que o princípio da boa-fé objetiva tem larga aplicação, nota-se que ainda é discreta na jurisprudência sua utilização nas relações regidas pelo Direito Comum.

Com efeito, nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a aplicação jurisprudencial do princípio da boa-fé objetiva se apresenta de forma recorrente, porém ainda há poucos exemplos de sua aplicação nas relações de Direito Comum.

Trago, assim, à colação três decisões em que houve aplicação do princípio da boa-fé objetiva no deslinde das questões postas judicialmente:

“EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL DO EXECUTADO - COMPANHEIRA QUE INVOCA A PROTEÇÃO LEGAL CONFERIDA AO

BEM DE FAMÍLIA COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA EMBARGANTE NO CURSO DO FEITO - VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. Embargos de terceiro opostos pela companheira do executado, pelo qual pretendeu afastar a penhora incidente sobre o imóvel em que reside juntamente com o filho de ambos. Ciência inequívoca e ausência de oposição da embargante a que o imóvel penhorado seja alienado a terceiros, com o objetivo de por fim à execução. Conduta da embargante incompatível com a pretensão de invocar a proteção legal conferida ao bem de família. **Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva**, apoiados pela teoria de proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Recurso a que se nega seguimento na forma do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil por manifesta improcedência.” (TJRJ - 7ª Câmara Cível – Apelação Cível nº0142993-49.2009.8.19.0001 julgada em 09.04.2012 – Rel. Des. Maria Henriqueta Lobo)

“Agravo Inominado. Art. 557 do C.P.C. Apelação que teve o seu seguimento negado por R. Decisão Monocrática deste Relator. Ação Cautelar, visando à exibição de documentos relativos à comprovação de despesas concernentes a obrigações que assumiram as Requeridas ao realizar a construção do edifício no qual se situa o Condomínio Demandante. I - Alegação da ilegitimidade passiva da segunda Ré não merece acolhida, pois seu nome consta no memorial do empreendimento como responsável (juntamente com a primeira Demandada) pela incorporação do edifício.II - Tese de inexistência do interesse de agir. Não prospera. O interesse autoral resta demonstrado diante dos pagamentos realizados pelo Agravado às Recorrentes para implementação das benfeitorias na área

comum aos condôminos, consoante comprovado pela documentação acostada aos autos. Via eleita adequada. III - Pedido autoral amparado pela disposição constante no art. 844, II, do Digesto Processual Civil. Sustentam as Agravantes não terem o dever legal ou contratual de exibirem os documentos requeridos. IV - **Obrigação legal existente.   dever dos Contratantes o respeito aos postulados da Boa- Fé Objativa, conforme disposto no art. 422 do Código Civil, sendo tal princípio também aplicável na seara processual. Dever de coopera o entre as Partes litigantes.** V - Em se tratando da exibi o de documentos comprobatórios de despesas efetuadas pelos Réus   custa de recursos financeiros dos integrantes do Condomínio Autor, nada mais justo e devido do que a devida exibi o com o fulcro de sanar quaisquer d vidas quanto   utiliza o dos valores. Pedido genérico não caracterizado. VI Pontuou o Recorrido qual seria a documenta o a ser apresentada (referente ao despendido com a implanta o do memorial descritivo do Condomínio), bem como apresentou a rela o pormenorizada das obriga es assumidas pelas Rés. Jurisprudência deste Colendo Sodalício. VII - Manifesta improcedência do Recurso que autorizou a aplica o do *caput* do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal. Negado Provimento” (TJRJ – 4  Câmara Cível – Apela o Cível n  0005738-41.2008.8.19.0209 julgada em 28.03.2012 – Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho)

“A O DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA COM OBRIGA O DE FAZER. RÉUS QUE SE COMPROMETERAM A ENTREGAR AO AUTOR LOTES PRONTOS E URBANIZADOS QUE IRIAM INTEGRAR O FUTURO LOTEAMENTO DE PROPRIEDADE COMUM DAS PARTES. SERVIÇO PARCIALMENTE EXECUTADO. EXCE O DO

CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 476 DO **CÓDIGO CIVIL**. OS RÉUS ALEGAM QUE FOI O PRÓPRIO AUTOR QUE DEU CAUSA À PARALISAÇÃO DO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PROVA PERICIAL DE ENGENHARIA QUE DEMOSTROU QUE OS RÉUS INVESTIRAM QUANTIA SUBSTANCIAL PARA ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. LAUDO TÉCNICO APUROU OS SEGUINTE SERVIÇOS PRESTADOS PELOS RÉUS: IMPLANTAÇÃO DO LOTEAMENTO, ARRUAMENTO, MEIOS FIOS, PAVIMENTAÇÃO EM PARALELO, INSTALAÇÃO DE GALERIA DE ÁGUAS PLUVIAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CORROBORA A TESE DOS APELADOS DE QUE O ATRASO DA OBRA SE DEU EM VIRTUDE DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES POR PARTE DO AUTOR, DENTRE ELAS A REGULARIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO DE ÁGUA, QUE FOI CORTADA EM VIRTUDE DE DÉBITO JUNTO À CEDAE E PAGAMENTO DE IPTU. **APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA-FÉ OBJETIVA. ARTIGOS 421 E 422 DO CÓDIGO CIVIL. COMO PRIMORDIAL INSTRUMENTO DA CIRCULAÇÃO DE RIQUEZAS É INEGÁVEL QUE O CONTRATO TENHA UMA FUNÇÃO SOCIAL A DESEMPENHAR, QUE SOMENTE PODE SER ALCANÇADA QUANDO O INTERESSE COLETIVO SE SOBREPONHA AO INDIVIDUAL. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA VEDAR A CONDUTA DO CONTRATANTE QUE DIFICULTA O ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DEVER DE COLABORAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO AUTOR. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. IMPROCEDÊNCIA**

DOS PEDIDOS AUTORAIS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.” (TJRJ – 5ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 009676-27.2006.8.19.0205 julgada em 20.03.2012 – Rel. Desembargador Antônio Saldanha Palheiro)

Nas três decisões colacionadas, há expressa menção ao princípio da boa-fé objetiva, ressaltando que, na segunda, inclusive é feita referência à existência de tal princípio nas regras processuais visando a coibir a deslealdade processual.

CONCLUSÃO

O princípio da boa-fé objetiva sofreu, ao longo do tempo, constantes mutações decorrentes da modernização da sociedade, tendo tal princípio ressurgido revitalizado e enriquecido. O Direito Civil Brasileiro atual incorporou, a partir de valores éticos e morais, a tríplice função de tal princípio, visando a adotar um olhar contemporâneo do contrato e dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social que são a este correlatos e essenciais.

Com efeito, a noção de boa-fé objetiva no contexto atual do Direito Civil está profundamente ligada ao valor ético, o qual se alinha com os conceitos de lealdade, correção, veracidade e justa expectativa, que compõem o seu substrato e lhe dão suporte.

A boa-fé objetiva, portanto, é um dos princípios contemporâneos da Teoria Contratual. Sob tal prisma, age de forma a realizar os valores do Estado Democrático de Direito.

Já como cláusula geral adentra o sistema jurídico pátrio com os objetivos de, no plano constitucional, realizar a justiça e a solidariedade social e, na esfera privada, dar realce à lisura e à transparência nas relações. ♦

DEZ ANOS DO CÓDIGO CIVIL – APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS

EDUARDA MONTEIRO DE CASTRO SOUZA CAMPOS¹

Foi realizado na EMERJ seminário sobre os dez anos do Código Civil nos dias 29 e 30 de março, com participação de várias ilustres autoridades.

No início, a Diretora-geral da EMERJ, Des. Leila Mariano, apresentou um vídeo sobre as palestras realizadas dez anos atrás, quando o diretor da EMERJ era o Des. Sergio Cavalieri Filho, presente no evento deste ano, em que foram apresentadas as dúvidas sobre o Código a ser editado à época.

Posteriormente palestraram o Des. Sylvio Capanema de Souza sobre a legalidade e eficácia constitucional na aplicação do Código Civil.

Após tal palestra, falaram o Des. Sidney Hartung e o Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo sobre a posse dos imóveis, como instrumento de garantias fundamentais e limitações ambientais.

O dia seguinte se iniciou com a palestra do Des. Marcos Alcino e da Defensora Pública Ana Rita Vieira de Albuquerque sobre aplicação dos princípios e cláusulas gerais nas relações negociais e reais imobiliárias.

Sobre o direito de família, especificamente sobre as famílias contemporâneas na legalidade civil-constitucional, palestraram o Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira e o Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Na parte da tarde foram ouvidos sobre as consequências do inadimplemento das obrigações o desembargador Carlos Santos de Oliveira e o Dr. Fabio Oliveira Azevedo.

¹ Juíza de Direito Titular do III Juizado Especial Cível da Comarca da Capital.

Sobre a empresa individual de responsabilidade limitada se manifestaram o promotor de justiça Leonardo Araújo Marques e a professora Monica Gusmão. Por fim, sobre a responsabilidade civil nos dez anos da codificação civil falou brilhantemente o Des. Sergio Cavalieri Filho.

“LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL” DES. SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Inicialmente o palestrante falou sobre o direito e a sociedade no século XVIII, pois explica que, para entendermos como surgiram as novas regras do Código Civil de 2002, temos que entender como foi elaborado o Código de 1916.

Foi nessa época que eclodiu a Revolução Francesa. E diante da situação social existente à época, tal revolução surgiu em razão dos abusos realizados pela monarquia. O lema liberdade, igualdade e fraternidade nos conduz ao individualismo.

À época se entendia que os indivíduos deveriam ter liberdade garantida e também igualdade para evitar a volta da exploração que sofriam pelos monarcas. Por fim, podemos dizer que a fraternidade é o início do que hoje se chama igualdade social.

Outra situação a ser destacada era a imutabilidade dos contratos.

O nosso Código Civil de 1916 foi influenciado pelo Código Napoleônico. O nosso antigo Código tinha três grandes personagens importante, segundo o palestrante: em primeiro lugar o marido, na área do direito de família; em segundo lugar o proprietário e por último o contratante, todos voltados para os direitos individuais.

O marido era o representante legal da família, se encastelava no alto da pirâmide, curvando-se com subserviência a mulher e os filhos. A mulher era relativamente incapaz, assim como os silvícolas. Somente existia a família legítima, ou seja, aquela advinda do casamento.

No que diz respeito à figura do proprietário, este, como na Revolução Francesa, era sacralizado, com a concessão de inúmeros poderes e com nenhuma limitação.

Por fim, os contratos eram submetidos à autonomia da vontade, tornando-se a supremacia do mais forte perante o mais fraco.

Prevalecia o positivismo, não existindo liberdade para os juízes que examinavam os fatos e proferiam sentenças legais, alicerçadas somente nos textos de lei.

Foi então que o Estado Liberal começou a sua decadência, mostrando, por exemplo, que o contrato não era sempre justo para ambas as partes. Percebeu-se que era necessário proteger o economicamente mais fraco.

Daí surge o Estado Social, com a Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã.

À época, precisava-se de uma carta de princípios, em que se incluíam valores fundamentais. Assim, verificamos que não é por acaso que no artigo 1º está incluída entre os fundamentos da República, ou seja, como um alicerce, a preservação da dignidade humana, assim como no artigo 3º, a igualdade social.

Podemos ainda verificar que foram incluídos os princípios da igualdade reais e de garantia dos direitos fundamentais.

Um dos principais princípios da Constituição Federal é o princípio da unidade da constituição, que significa que a Lei Maior deve ser interpretada como um todo e não separadamente.

Outro princípio importante é o da harmonização, onde valores aparentemente conflitantes devem ser interpretados com harmonia.

Também muito importante é o princípio da unidade dos princípios éticos, com aplicação da Constituição acima de seus limites formais.

O princípio da interpretação segundo a Constituição Federal das leis infraconstitucionais tem como fundamento ter a Constituição Federal de 1988 introduzido uma nova ordem jurídica, influenciando as leis infraconstitucionais.

Com isso, houve a erosão da dicotomia do direito público e do direito privado. Esta diferença não mais existe. Atualmente a divisão entre estas duas áreas é como uma linha de giz, que facilmente se apaga. Em consequência se iniciou uma publicização ou constitucionalização do direito civil, com o surgimento do direito civil constitucional, denominação impossível de acontecer nos idos do Código civil de 1916.

Mas o que é o direito civil constitucional? Trata-se de uma releitura do direito privado à luz da Constituição Federal.

O palestrante entende que o Código Civil de 2002 poderia ter feito avanços maiores, como por exemplo, no direito de família.

Entende que o valor do novo Código está nas suas entrelinhas, confirmando os princípios constitucionais, como por exemplo, a função social do direito, a equidade e principalmente na boa fé objetiva.

Para o palestrante a maior mudança é o princípio da boa-fé objetiva, saindo da idéia da subjetividade, assim como a adoção das clausulas abertas.

A mudança foi tão radical que inicialmente se falou que os juízes teriam tanta liberdade que se tornariam “ditadores”. Mas este não é um Código de Juízes, mas sim da sociedade.

Partindo do princípio da eficácia da Constituição Federal, o código Civil reflete estas mudanças. O palestrante apresentou exemplos concretos de tais mudanças:

Na parte geral, especificamente no Capítulo II, refere-se aos direitos da personalidade, enquanto ao antigo Código somente falava do início e do fim da personalidade.

Código Civil de 1916, artigo 4º - a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Já no novo Código: **Parte Geral - Livro I - Das Pessoas - Título I - Das Pessoas Naturais - Capítulo II - Dos Direitos da Personalidade**

Art. 11. *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

Art. 12. *Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*

Parágrafo único. *Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.*

Art. 13. *Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*

Parágrafo único. *O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.*

Art. 14. *É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.*

Parágrafo único. *O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.*

Art. 15. *Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*

Art. 16. *Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.*

Art. 17. *O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.*

Art. 18. *Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.*

Art. 19. *O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.*

Art. 20. *Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de*

escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. *A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.*

Criou-se um super direito, irrenunciável, imprescritível, irrevogável .

Tal direito chegou a mudar o relacionamento entre médico e paciente, onde há necessidade de informação adequada do profissional a todos os procedimentos que irá efetuar.

Encontramos a mudança também no artigo 187:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Aqui encontramos o abuso de direito como ato ilícito.

Também no artigo 156 encontramos a inovação do estado de perigo:

Art. 156. *Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.*

Verifica-se aqui que os contratos devem ser justos e equilibrados, inspirados na boa-fé objetiva.

Falando-se do direito de propriedade encontramos inúmeras mudanças, uma vez que esta era sacralizada na edição do Código anterior, enquanto hoje sofre alterações diante da sua função social.

O artigo 1228 § 1º submete a propriedade a preservação da flora, fauna e da cultura:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Já o § 2º veda todos atos do proprietário que não traga utilidade ao uso da propriedade.

E que tragam prejuízos a terceiros:

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Já os parágrafos 4º e 5º são exemplos das chamadas cláusulas abertas. O parágrafo quarto fala, por exemplo, em extensa área. Cabe ao Juiz interpretar o que entende por extensa área. O que é extenso no Estado do Amazonas é diferente do conceito para o Estado do Rio de Janeiro. Assim como o número de pessoas mencionado no referido parágrafo vai depender do local para ser caracterizado pelo Juiz.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O artigo 2035 das disposições Finais menciona que as convenções terão que ser submetidas aos princípios do Código mesmo se efetuadas antes de sua vigência:

Art. 2.035. *A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.*

Parágrafo único. *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Quanto ao direito das obrigações, a autonomia da vontade está limitada e só pode ser exercida no limite da função social do contrato. O contrato ultrapassa os contratantes para atingir toda a sociedade. Os juízes são os equilibradores éticos dos contratos, interpretando-se sempre através do princípio da boa-fé objetiva.

No direito de família há absoluta igualdade jurídica entre homem e mulher. O antigo pátrio poder, exercido somente pelo homem, hoje se chama poder familiar e é exercido por marido e mulher. O interesse do menor prevalece nem o Estado ou nenhuma entidade privada podem interferir no planejamento familiar.

No direito das sucessões há o fortalecimento da posição do cônjuge em concorrência com os herdeiros necessários.

O Desembargador Sylvio Capanema apresentou a sua visão de como deve ser o magistrado na sociedade contemporânea. “As responsabi-

lidades dos juízes cresceram muito. Eles não são mais tão somente a “Boca da Lei”, nas palavras de Montesquieu. O juiz moderno tem que sangrar junto com as feridas de sua comunidade, chorar as mesmas lágrimas. Não temos que ficar comprometidos somente com o texto da lei, mas também com justiça social. Temos que nos transformar em “Quixotes brasileiros”, vestir as nossas armaduras e lutar por um novo Brasil. Eu acredito que esta nova ordem jurídica, da qual vocês fazem parte, pode construir um novo país. Não podemos nos acomodar com essa realidade. Temos que ser permanentemente inconformados com o nosso tempo, sermos agentes da mudança”, sublinhou. ♦

FUNDAMENTOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

ELIZABETH MARIA SAAD¹

INTRODUÇÃO

Decorridos dez anos da vigência do novo Código Civil, a reflexão sobre as modificações por ele trazidas, sua repercussão na esfera jurídica, sua aplicabilidade e dúvidas geradas foram temas deste seminário.

O novo Código, que não teve um único idealizador, como o de 1916, foi resultado do trabalho de uma comissão de juristas, nomeada pelo governo, sendo a parte geral redigida pelo Ministro Moreira Alves, a parte do Direito de Empresa coube ao prof. Sylvio Marcondes, a parte das obrigações ao prof. Arruda Alvim, a parte do Direito das Coisas ao desembargador aposentado do RJ Dr. Ebert Chamorim, a parte de Direito de Família ao gaúcho Clóvis Couto e Silva e a parte do Direito da Sucessões ao pernambucano Torquato de Castro.

Apesar de feita a inúmeras mãos, não perdeu o sentido ou a unidade filosófico-doutrinária, posto que o prof. Miguel Reale conseguiu unificar os estilos e doutrinas e a linguagem dando ao Código a sua indispensável unidade.

O prof. Miguel Reale resume o novo Código em três palavras mágicas: **efetividade ou operabilidade, socialidade e eticidade**, sendo essas as vertentes que a comissão trilhou para fazer o projeto, conforme palestra proferida na EMERJ por ocasião do ciclo de debates sobre o novo Código, com artigo “Visão Geral do Novo Código Civil”, publicado na **Revista da EMERJ** – *on-line*, Edição especial parte 1, páginas 38-44.

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal de Itaboraí.

São essas as diretrizes traçadas pelo diploma de 2002, que abordaremos neste trabalho.

EFETIVIDADE OU OPERABILIDADE

A efetividade no novo Código Civil surgiu a partir da ideia da Comissão de estabelecer soluções normativas que permitem que o magistrado efetive a aplicação da justiça, concretizando-a em razão da criação de técnica das cláusulas abertas, aumentando-se extraordinariamente a discricionariedade dos juízes, libertando-os para que possam adotar as medidas necessárias para realizar o direito.

Segundo o prof. Miguel Reale, a respeito da efetividade:

“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 correntes, tal como se dá, por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o Art. 720 e seu parágrafo único. Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz. Esse e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.

Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma. Nessa ordem de ideias, merece menção o 1º do Art. 1.240, o qual estatui que, no caso de usucapião de terreno urbano:

‘O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.’

Atende-se, assim, à existência da união estável, considerada nova entidade familiar.

Observo, finalmente, que a Comissão optou por uma linguagem, precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção e de beleza que distinguem o Código Civil vigente.” (**Revista da EMERJ – on-line**, Edição especial parte 1, páginas 38-44.)

Optou-se assim em lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige conceito indeterminado como “probidade”, “boa-fé” ou “correção” por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.

Como exemplo, temos a hipótese do “Art. 575, parágrafo único - Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”; na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo após verificar ser o aluguel “manifestamente excessivo”, hipótese de “indeterminação do preceito”, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir em cada caso concreto.

Dá-se ao julgador, com a técnica dos princípios indefinidos, maior liberdade de atuação, transformando-o em verdadeiro equilibrador das relações jurídicas, para além da tipicidade estrita, pois, em vários dispositivos do novo Código, há previsão para que o juiz adote as medidas necessárias a fazer cessar a violação do direito adequadas ao caso concreto. Impõe-se assim ao Magistrado o ônus de julgar, e julgar de forma “justa”, e não apenas dentro da letra da lei, mas com sensibilidade social e consciência.

Permite-se assim que a jurisprudência aos poucos defina esses conceitos indefinidos, permitindo a formação do que se chama jurisprudência principiológica, terminando ao longo dos anos com a consolidação dessa jurisprudência.

Havia e ainda há evidentes críticas a essa nova técnica de cláusulas abertas, de maior discricionariedade dos juízes, com temor de que tal discricionariedade confunda-se com arbitrariedade.

Tais críticas e temores iniciais não se mantiveram, posto que a técnica de cláusulas abertas não permite ao Magistrado criar lei nova, mas apenas que extraia do preceito interpretação que lhe permita aplicar a norma ao caso concreto com maior liberdade, dando-lhe efetividade a fim de alcançar justiça social, havendo inúmeros mecanismos, de controle em nosso ordenamento para evitar eventuais abusos ou arbitrariedades á disposição das partes.

SOCIALIDADE

Segundo o coordenador do Código Civil de 2002, prof. Miguel Reale:

“É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.” (**Revista da EMERJ** – *on-line*, Edição especial parte 1, páginas 38-44.)

Vê-se então a mudança de paradigma : de normas baseadas no Estado Liberal, vigentes à época da elaboração do código de Clóvis Beviláqua, posto que sua elaboração se deu ainda no século XIX, apesar de vigor apenas no século XX, em que se valorizava o individualismo, os contratos indissolúveis, obrigatórios e a propriedade privada, passou-se a exigir compromisso com a sociedade, com a função social dos contratos, da proprie-

dade e com a dignidade da pessoa humana, tudo já em consonância com a Constituição Federal de 88, que busca também que o estado promova o bem-estar social.

Vê-se portanto uma socialização do direito privado, até então impregnado por aquelas ideias individualistas que caracterizaram o Século XIX.

Nos contratos, há mudanças notáveis como as do artigo 421, que prevê que a autonomia e a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social dos contratos.

“Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Ou seja, há agora uma transformação socializante do Direito, tanto na parte de contratos como na propriedade.

Trata-se de norma com cláusula aberta, meta-jurídica, pois não há definição do que seja a função social do contrato, mas, ainda assim, a norma determina que a função social dos contratos é uma cláusula implícita em todo e qualquer contrato. Sua função social passa a ser um dever jurídico das partes, e o Judiciário poderá ser compelido por uma das partes a mergulhar no contrato para verificar se ele está cumprindo uma função social.

Na propriedade privada, um dos bastiões do Código Bevilácqua, há avanços expressivos com a propriedade, mais do que nunca vinculada à sua função social.

Há uma evidente valorização da posse, como instrumento de justiça social, posto que permite que a propriedade cumpra sua função social.

Foi a posse um dos exemplos dados sobre socialidade pelo prof Miguel Reale:

“No caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má-fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.

Assim é que, conforme o Art. 1.238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, sendo esse prazo reduzido a dez anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Por outro lado, pelo Art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição.

O mesmo sentido social caracteriza o Art. 1.240, segundo o qual, se alguém “possuir, como sua, área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel.”

Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo Art. 1.242, segundo o qual “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos “se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico.”

Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos parágrafos 4º e 5º do Art. 1.228, determinando o seguinte:

“§ 4ª - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.”

Como se vê, é conferido ao juiz poder expropriatório, o que não é consagrado em nenhuma legislação.” (**Revista da EMERJ** – on-line, Edição especial parte 1, páginas 38-44.)

ETICIDADE

A Eticidade figura como um dos fundamentos do Código Civil de 2002 devido à preocupação dos juristas que o compilaram de que, ao lado da técnica jurídica, também fosse o código permeado de valores éticos.

A respeito do tema esclarece Miguel Reale, coordenador do novo Código:

“Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juizes, para contínua atualização dos preceitos legais.

Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o Art.113 na Parte Geral, segundo o qual “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

E mais este:

“Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Lembro como outro exemplo o Artigo nº 422 que dispõe quase como um prolegômeno à toda a teoria dos contratos, a saber:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Frequente é no Projeto a referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (correttezza) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas.”

Há portanto uma preocupação do legislador de permear as relações jurídicas com a moral e a boa-fé objetiva, ao contrário do Código anterior que entendia ser esta subjetiva, um preceito moral e não jurídico, uma verdadeira exortação aos contratantes.

As relações contratuais agora devem ser éticas, no sentido de que os contratantes são obrigados a guardar a mais estrita boa-fé, que agora é um dever jurídico e não um simples apelo moral; também é uma cláusula aberta, implícita em todo e qualquer contrato.

É a boa-fé objetiva uma conduta efetiva de homem honesto e não a mera intenção; na boa-fé subjetiva bastava a intenção de não causar dano. O que se procura é uma conduta efetiva dos contratantes de ma-

neira a não causar lesão ao outro contratante, o que se quer agora são relações contratuais transparentes, leais e acima de tudo com suas equações econômicas equilibradas.

O art 113 diz que os negócios jurídicos se interpretarão agora pelos princípios da boa-fé e os usos do lugar onde se celebrou, passando a boa-fé a ser critério de interpretação dos contratos.

Assim, a eticidade leva a que, na interpretação das normas, a sociedade seja a destinatária, devendo o juiz indagar o que homens de boa-fé teriam querido atingir com esse contrato.

CONCLUSÃO

Segundo o prof Miguel Reale : “Se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.”

As mudanças sociais marcadas pelas conquistas da ciência e da tecnologia, bem como a migração da população para as cidades, tornaram os eixos fundamentais do Código Civil de 1916 obsoletos, o que justificava uma nova codificação.

Decorrida uma década de sua promulgação, verificou-se que o novo Código Civil conseguiu se impor como uma legislação capaz de proporcionar ao juiz ferramentas para melhor aplicação do direito material, mostrando que a “experiência” decorrente da passagem do tempo e a jurisprudência foram capazes de demonstrar o acerto na escolha dos fundamentos embaixadores deste diploma legal.

Mais importante que um novo código foi a mudança de paradigmas, com o direcionamento do Código Civil para o social, em conformidade com a Constituição Federal, alinhado com a sociedade atual que demanda novas ideias e com a vontade de que os julgadores apliquem justiça de forma “justa”, a despeito de falhas e omissões e excessos do texto, o qual irá naturalmente se adaptar às mudanças da sociedade. ♦

BIBLIOGRAFIA

CAPANEMA, Sylvio – Notas de aula do curso ministrado para os advogados da Petrobras, de 02.04.02 até 04.06.02.

REALE, Miguel, “Visão Geral do Novo Código Civil”, **Revista da EMERJ** – *online*, Edição Especial parte 1, páginas 38-44, http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_38.pdf, acessado em 03/04/2012.

REALE, Miguel, Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975, http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf, acessado em 03/04/2012.

LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

FLÁVIA DE AZEVEDO FARIA REZENDE CHAGAS¹

O palestrante Des. Sylvio Capanema de Souza começou comentando a Revolução Francesa e o Direito Liberal.

Após, afirmou que o Código Civil de 1916 tinha três personagens importantes: o marido, o proprietário e o contratante.

O marido era a figura que representava a família da época do Código de 1916. A mulher casada era considerada relativamente capaz, juntamente com os silvícolas e os pródigos. A mulher dependia do marido para exercer os atos da vida civil.

O juiz, por sua vez, não tinha compromisso com a justiça social, havia a necessidade de sentenças positivistas

A Constituição de 1988 incluiu valores fundamentais no seu artigo 1º, incluindo entre eles a dignidade da pessoa humana.

Princípio da unidade da Constituição: Consoante o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser analisadas de forma integrada e não isoladamente, de forma a evitar as contradições aparentemente existentes.

Princípio da concordância prática: Concebido por Konrad Hesse, impõe-se que na interpretação da Constituição “*os bens constitucionalmente*

¹ Juíza de Direito Titular da 1ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca Itaboraí.

protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na praticado texto”.

Princípio de eficácia interpretativa: a eficácia interpretativa significa muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas.

Princípio da interpretação conforme a Constituição: a interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita (Luís Roberto Barroso, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3ª edição, Saraiva).

O palestrante discorreu sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a fim de ilustrar o conteúdo, acrescento os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, prestigiado autor sobre a matéria.

“O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”

Em seguida, o Des. Sylvio Capanema trouxe noções da eficácia horizontal dos direitos da personalidade. Nesta linha de raciocínio, Sarlet expõe com vasta propriedade:

“Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que. Ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”.

Nesse ponto, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins dissertam:

“O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.

O grau elevado de desigualdade entre os particulares (abuso de poder) autoriza e firma o entendimento da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações extra-estatais, já que quanto

mais o direito a ser tutelado for essencial à vida da pessoa humana (carga valorativa alta) maior deverá ser a subsunção das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares...”

Portanto, a partir da Constituição de 1988 operou-se a erosão da divisão entre direito público e direito privado. Hoje há uma intercalação entre os dois direitos, trazendo à tona o Direito Civil Constitucional.

O palestrante criticou o livro do Direito de Família do Código Civil, pelo tratamento inferior dado à união estável e a companheira no direito sucessório.

Comentou sobre as “cláusulas abertas”, que tiveram inspiração no Código Civil alemão. Com elementos no art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

No parágrafo 3º do artigo 1.228 temos exemplo de abuso de direito aplicado ao patrimônio e nos parágrafos 4º e 5º temos exemplos de cláusulas abertas. Isso, porque, extensa área depende do local e considerável número de pessoas depende do local também.

A propriedade, hoje, visa a um interesse social, até mesmo por força de comando constitucional caracterizador de direito fundamental (art. 5º, XXIII, da CR/88).

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Na conclusão, trago como forma de ilustrar mais o tema debatido brilhantemente pelo palestrante, trecho do livro do constitucionalista Daniel Sarmento (**Direitos Fundamentais e Relações Privadas**).

“(...) O Código Civil (1916) representava o centro do sistema do Direito Privado. O Código, que deveria cristalizar normas racionais e imutáveis, assentava-se na garantia da propriedade e da liberdade contratual, protegendo os interesses da burguesia ascendente.

Contudo, com o advento do Estado Social, tornou-se cristalino que a desigualdade brutal entre os atores privados enseja a opressão do mais forte sobre o mais fraco.

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais, e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais

não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, as relações de trabalho e família. Assiste-se à edição de uma profusão de normas jurídicas, numa verdadeira inflação legislativa, com o rompimento do monopólio quase absoluto do Código Civil. Estas normas, de duração muitas vezes efêmera, se imiscuem na esfera das relações entre particulares, consagrando uma intervenção estatal cada vez mais ampla no cenário privado. Fala-se numa “Era da Descodificação”.

As Constituições, dentro deste novo marco, tornam-se mais ambiciosas e passam a disciplinar também as relações econômicas e privadas, abandonando o arquétipo pré-weimariano, em que cuidavam apenas da organização estatal e das relações entre governantes e governados. A expansão e o fortalecimento da jurisdição constitucional, por outro lado, acarretam com o tempo, a cristalização da idéia de que a Constituição é antes de tudo norma jurídica, e não apenas uma diretriz política para o legislador, desvestida de força vinculante.” ♦

OBSERVAÇÕES PANORÂMICAS SOBRE O CÓDIGO CIVIL APÓS DEZ ANOS DE SUA EDIÇÃO

GUSTAVO QUINTANILHA TELLES DE MENEZES¹

INTRODUÇÃO

Em boa hora a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ elaborou seminário de palestras sobre os Dez Anos do Código Civil, instituído pela Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para entrar em vigor um ano após sua sanção.

Como ensinou o Professor Miguel Reale, em palestra conferida na própria EMERJ, por ocasião da edição do Código Civil, este 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”.

Após longa tramitação no Congresso Nacional, do projeto deflagrado no ano de 1975 pelo Presidente Costa e Silva, finalmente foi publicado o trabalho a que se pode imputar, passados dez anos, relevante influência no afastamento da patrimonialização do Direito Civil, estabelecida no Código de 1916 e uma aproximação aos valores constitucionais da ordem instituída em 1988, que vinham sendo, até então, adotados apenas em legislações especiais.

¹ Juíz de Direito da 15ª Vara Cível - Capital.

O código não foi uma obra redigida por um legislador solitário, sendo seu projeto elaborado por uma comissão, submetido a sucessivas revisões e, mesmo depois de publicado, sofreu diversas alterações, tanto de ajuste, quanto de evolução legislativa, embora seu núcleo seja o mesmo desde sua edição.

Assim, veio co Código Civil balizar na legislação ordinária as profundas alterações que a Constituição de 1988 introduziu em matéria de Direito de Família, entre outras.

Não há como enumerar todas mudanças operadas pela nova codificação em todos os setores da vida civil, haja vista o estreito objeto deste trabalho, porém é interessante abordar os princípios que presidiram a sua elaboração, pois as mais relevantes conquistas científicas dependem sempre dos novos paradigmas que as condicionaram.

BREVE NOTAS SOBRE AS DIRETRIZES

A semente do Código Civil foi criada em 1969: uma “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, que tinha a esperança de aproveitar a maior parte do Código Civil de 1916. Todavia, logo notou-se a inviabilidade dessa meta, não podendo deixar de prevalecer a reelaboração, uma vez que a jurisprudência e a análise progressiva da matéria revelaram novos princípios ou diretrizes que deveriam nortear a codificação. Por outro lado, em se tratando de um trabalho sistemático, a alteração feita em um artigo ou capítulo repercute necessariamente em outros pontos do Projeto.

Como se observa em boa doutrina e até pela comparação entre o sistema anterior e o sistema vigente – cuja aplicação hoje já está mais amadurecida – destacam-se as seguintes diretrizes:

a) Preservou-se dispositivos do Código anterior sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.

b) Adaptação à sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito;

c) Toda a estrutura do código é norteada por certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade;

d) Aproveitou-se dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juristas, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do “Código das Obrigações”; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

e) Inseriu-se no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil;

f) Elaborou-se nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral - conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas - mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações;

g) Não se efetivou a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações - de resto já uma realidade operacional no País - em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 - com a consequente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou “Atividades Negociais”, e, posteriormente, “Direito de Empresa”.

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O primeiro princípio a ser destacado é a ETICIDADE. O Código buscou superar o apego do Código anterior ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos 19 e 20, do Di-

reito tradicional português e da Escola germânica, esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano.

Não obstante o mérito desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

O diploma utiliza normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.

Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o art. 113 na Parte Geral, segundo o qual

“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

E mais este:

“Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O Código dispõe em diversos artigos sobre a probidade e a boa-fé, ao contrário do que ocorria no Código anterior.

Outro valor essencial que informa o Código Civil e base de sua aplicação, desde sua vigência, consiste na SOCIALIDADE. Esmera-se o Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei anterior, feita para um país ainda com enorme parcela agrícola.

O brasileiro de hoje vive nas cidades na proporção de 80%, o que representa uma alteração significativa da mentalidade hegemônica, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.

Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da socialidade, como quando se declara a função social do contrato na seguinte forma:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por essa razão, em se tratando de contrato de adesão, estatui o Art. 422 o seguinte:

“Art. 422. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

No que tange a posse, superando as disposições anteriormente vigentes, que distinguiram apenas entre a posse de boa e a de má-fé, o Código e sua interpretação nestes dez anos leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.

Assim é que foi fixado o prazo de quinze anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, sendo esse prazo reduzido a dez anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.” E, seguindo essa tendência, mais recentemente foi estabelecido o usucapião da mulher, de matiz familiar.

Por outro lado, pelo art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto, basta que não tenha havido oposição, seguindo, assim, a Constituição da República.

Observando esse princípio e a realidade social, trouxe o Código o disposto nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228, determinando o seguinte:

“§ 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.”

Por fim, destaca-se o princípio da OPERABILIDADE, sendo estabelecidas soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito.

Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de se verificar quais eram os casos de uma ou de outra, com graves consequências de ordem prática.

O Código enumera, na Parte Geral, os casos de prescrição, em numerus clausus, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece. Assim é, por exemplo, que após o artigo declarar qual é a responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, é estabelecido o prazo de decadência para ser ela exigida.

Por outro lado, pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo, distinção entre associação e sociedade. Destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos.

Adota, ainda, o Código, a técnica 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. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo, ou verbis:

Art. 575, parágrafo único - “Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”.

A toda evidência, são previstas hipóteses cuja aplicação in concreto caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá, por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o art. 720 e seu parágrafo único.

Como se vê, o que objetivou o Código foi alcançar o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor, que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.

Nessa ordem de ideias, merece menção o § 1º do art. 1240, o qual estatui que, no caso de usucapião de terreno urbano,

“O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil”.

Atende-se, assim, à existência da união estável, considerada nova entidade familiar.

A opção do legislador por uma linguagem precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção, em muito auxiliou a fixação dos conceitos, nestes dez anos de sua existência.

PONTOS RELEVANTES

A parte geral estabelece as normas sobre as pessoas e os “direitos da personalidade” que estão na base das soluções normativas depois objeto da Parte Especial. Merece encômios essa providência de incluir disposições sobre os direitos da personalidade, uma vez que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos.

Outra iniciativa louvável e que viabilizou a utilização do Código consistiu na disciplina específica dos negócios jurídicos que são os atos jurídicos de mais frequente ocorrência, expressão por excelência da fonte negocial, ao lado das três outras fontes do direito: as leis, os usos e costumes e a jurisprudência.

No que tange à Parte Especial, o Código tem uma sequência lógica, situando o Direito das Obrigações como consequência imediata do antes estabelecido para os atos e negócios jurídicos, não sendo demais acentuar que há disciplina conjunta das obrigações civis e mercantis, o que, repito, já constitui orientação dominante em nossa experiência jurídica, em virtude do superamento do vetusto Código Comercial de 1850. Com efeito, já o Direito Comercial se baseia no Código Civil.

Do Direito das Obrigações se passa ao Livro que trata do Direito de Empresa, o qual, a bem ver, se refere a toda a vida societária, com remissão à legislação especial sobre sociedades anônimas e sobre cooperativas, por abrangerem questões que extrapolam da Lei Civil.

A prática chancelou a adoção do termo Direito de Empresa, bem como sociedade empresária, andando bem o Código por estabelecer apenas os requisitos gerais da sociedade simples, objeto da diversificada legislação relativa aos múltiplos tipos das sociedades não empresariais.

No que se refere ao Direito de Família, merece realce a distinção feita entre o Direito Pessoal e o Patrimonial de Família. O regramento da união estável ficou para o final, para ser apreciada sob os dois mencionados aspectos, obedecido rigorosamente o disposto na Constituição.

SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

Com a Constituição da República, ocorreram mudanças substanciais tão somente no Direito de Família, instaurando a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, com a supressão do pátrio poder, que, por sugestão minha, passou a denominar-se “poder familiar”.

É claro que essas alterações vieram no texto do Código Civil, por emendas, pois não constavam de seu projeto, que era anterior. A utilização do termo “ser humano” e as novas regras que vieram estabelecer efetiva igualdade entre os cônjuges e os filhos, inclusive no pertinente ao Direito das Sucessões, marcaram enorme diferença nestes primeiros anos após a mudança do sistema.

Nesse sentido, o cônjuge passou a ser também herdeiro, em virtude da adoção de novo regime geral de bens no casamento, o da comunhão parcial, corrigindo-se omissão existente no Direito das Sucessões.

Por outro lado, o Código disciplinou melhor a união estável como nova entidade familiar, que, de conformidade com o § 3º do art. 226 da Constituição, só podia ser entre o homem e a mulher. Não houve, ainda, tempo nem momento político para o legislativo incorporar ao texto a recente interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu à matéria, estendendo o regramento da união estável às relações homoafetivas.

Há ainda muito o que aprimorar, mas esses primeiros dez anos apontam o êxito da alteração legislativa e permitem uma perspectiva de sua evolução. ♦

DEZ ANOS DO CÓDIGO CIVIL

EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E INCIDÊNCIAS. HIPERJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

IVONE FERREIRA CAETANO¹

INTRODUÇÃO

Dentre as problemáticas enfrentadas pelo novo Código Civil, destacam-se as que concernem ao Direito Familiar. O Código de 2002, em que pese suas inovações, é diploma em clara dissonância com as inovações doutrinárias e fáticas. O lapso entre o texto normativo e a realidade, por sua vez, convida o estudioso e o aplicador do Direito a reflexões de ordem jurídica, social e filosófica.

Tanto por questões conjunturais, referentes a sua elaboração, como por características estruturais da sociedade e do Estado contemporâneos, a aplicação do novo Código constitui um crescente exercício de adaptação dos dispositivos à luz da enormidade de novas situações, oriundas da revolução tecnológica e da globalização. A Doutrina, atenta à nova realidade, tem se dedicado sobremaneira à modernização dos robustos institutos do Direito Civil.

Exemplo maior desses novos ares é a Escola Civil-Constitucionalista, vanguarda da produção acadêmica dentre os civilistas na atualidade. Preocupada com a preservação do texto positivado, mas atenta às inovações do ordenamento, busca conciliar forma e princípio, adaptando os dispositivos infraconstitucionais à luz dos preceitos fundamentais do ordenamento.

¹ Juíza Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Comarca da Capital.

Um esforço que não se restringe à academia, devendo perpassar também o trabalho do aplicador da ciência jurídica.

Nesse novo contexto, relevantes e complexas questões se defrontam com o Direito. Se por um lado a interpretação funcional e valorativa dos dispositivos permite uma aproximação material do primado da Justiça, por outro, a constante relativização das normas gera insegurança jurídica, delegando cada vez mais poder aos agentes do Direito. Fato que, assomado às crises estruturais do Estado e da sociedade – enraizados na crise da cultura ocidental –, profetizam um futuro sombrio para o homem contemporâneo.

O presente trabalho, portanto, visa a abordar a problemática do Direito de Família dentro do Novo Código Civil, inserindo-a dentro de um contexto mais amplo, qual seja, a crise do Estado e a hiperjudicialização do direito de família. Num primeiro momento, abordaremos de forma abrangente e crítica a crise do Estado e do Direito na atualidade. Em seguida, procederemos à análise das diversas inflexões incidentais no âmbito do direito de família, por meio de exemplos do dia a dia jurídico.

A CRISE DO ESTADO E O DIREITO DE FAMÍLIA

Para que se entenda o conjunto de inovações do direito familiar e sua problemática normativa, é necessário observar a matéria de uma perspectiva mais ampla. A hiperjudicialização do Direito de Família, a bem da verdade, é mera inflexão de um fenômeno maior, que perpassa o próprio Estado e a cultura ocidentais. Nesse sentido, importante é que se tenha em mente o processo geral em toda sua abrangência, para então destrinchar sua relação com o fenômeno incidental.

Segundo Ricardo Campa, a crise do Estado se funda na própria crise da cultura ocidental, à qual se refere como a ‘época das incertezas’. Em seu breve artigo², Campa demonstra como essa crise convulsiona a sociedade e o próprio Estado, que se veem presos a uma contínua reformulação qualitativa dos valores e estruturas, tendo como finalidade última a operacio-

² CAMPA, Riccardo, *A época das incertezas e as transformações no Estado Contemporâneo*, 1ª Edição. São Paulo, Difel: Instituto Italiano di Cultura, 1985.

nalidade de ambos os sistemas – estatal e social. O Direito, nesse contexto, defronta-se com problemas de ordem teórica e prática.

No plano teórico, destaca-se a inconstância e instabilidade na definição dos valores merecedores de tutela jurídica. Seja por questões próprias à ciência jurídica, seja pelo florescimento contínuo de postulados e princípios oriundos do crescente número de preocupações do Estado –, fato é que o Direito apenas logra evoluir, mas não consegue promover transformações paradigmáticas de caráter revolucionário. Nesse sentido, em não podendo reconstruir seus pilares epistemológicos, só lhe resta inchar-se, criando novas ramificações e reformulações valorativas.

A título exemplificativo, seria possível refletir acerca das transformações principiológicas no ordenamento desde o surgimento do Estado de Direito. A autonomia privada não deixou de existir, nem perdeu seu lugar na constitutio. Teve, simplesmente, que dividi-lo com outras preocupações do novo Estado de Direito Material. A constante reformulação e derivação de postulados, por sua vez, impedem a consolidação morfológica. Alargando-se de forma desconexa, desestruturada e contraditória, o Direito acaba por render-se a uma indefinição semântica que abre espaço para o arbítrio do aplicador e do próprio estudioso da ciência jurídica.

A relativização dos valores universais, por sua vez, implica uma normatividade específica, funcional, que tenta responder às particularidades que a abstração formalista não consegue. No entanto, tal normatividade é um dado *a posteriori*, seja pela imprevisibilidade da ação humana e suas consequências, seja pela falência do sistema representativo enquanto espaço de reflexão dos valores da sociedade.

Adentramos a faceta prática do problema. Se a normatividade é subsequente à ação e aos fatos, cabe ao Direito a resposta imediata a toda sorte de questões da sociedade. Entretanto, se os valores dos instrumentos jurídicos são constantemente relativizados, como garantir a tutela dos princípios do ordenamento frente ao arbítrio das instituições e operadores do Direito? Num mundo de hermeneutas, toda argumentação é possível de ser utilizada. A desconexidade morfológica gera a desconexidade das decisões jurídicas que, em última análise, são decisões do Estado.

As instituições do sistema de justiça, sujeitas ao corporativismo e à lógica de atuação das organizações, utilizam-se da fragilidade dos valores para reformulá-los à conta própria. Buscando representação política – poder, ainda que adstrito à esfera judiciária – atuam com irresponsabilidade para com os princípios que visam a proteger, promovendo, na via prática, o esfacelamento de qualquer possibilidade de consolidação dos fundamentos e preceitos do Estado e da sociedade.

A atuação dos Operadores de Direito são exemplos claros da fragmentariedade de visões dentro do próprio Direito: a jurisdicionalização do Poder Familiar, a perseguição às Instituições de Permanência, a banalização dos princípios fundamentais são apenas exemplos da excessiva jurisdicionalização do Direito Familiar e Infanto-juvenil. Tudo se faz, se requer e se defere em nome de princípios e valores abstratos que cada vez mais se revelam vazios. A incidência dos fatos ora apontados, seja no que concerne à definição dos valores, seja para com os instrumentos normativos – muitas vezes deixados de lado em nome dos próprios princípios – gera instabilidade: o jogo dentro do sistema de justiça leva todos os envolvidos a buscarem, na via argumentativa, a reformulação dos conceitos e definições do ordenamento.

Os Operadores do Direito envaidecem-se desta nova missão, tendo em vista que o Direito revela-se como um grande espaço de representação política, por meio do qual a comunicação entre sociedade e Estado se dá. Movidos por uma fé interna em suas próprias instituições – fé que em nada difere da religiosa – transportam para o Poder judiciário, *ultima ratio* de um Estado incapaz de garantir eficazmente direitos a toda a população, relegam o poder decisório do Estado a convicções individuais, incidentais, sujeitas a juízos subjetivos.

A jurisdicionalização do Poder Familiar, com a crescente imposição por parte do Estado dos direitos e deveres que incumbem aos pais, é claro exemplo de uma atuação indevida destes Operadores – aliada, por sua vez, de uma interpretação, muitas vezes equivocada do Poder Judiciário. Se, por um lado, o Estado se preocupa com as questões sociais, acaba por assumir um papel cada vez mais paternalista diante da inércia do corpo social.

Entregue a uma “irracionalidade de forma tamanha que só pode atuar e girar o mecanismo econômico e social se controlada pelo Estado”, a

sociedade responde à ingerência estatal por meio de uma crescente dependência. A réplica do Estado vem então ainda mais forte e incisiva, criando um ciclo vicioso que acaba por corromper ambos os sistemas: o social, que perde paulatinamente a autonomia, e o estatal que, na persecução incessante dos valores, acaba por dissolvê-los em seus múltiplos sentidos.

Se Estado e sociedade se confundem na era contemporânea, logo, ambos estão sujeitos às incertezas, à irracionalidade, para a qual a única resposta é a agudização das convicções. As convicções, no entanto, produzem novos juízos indagatórios, impedindo toda e qualquer forma de homogeneidade sistêmica.

À conduta dos atores sociais corresponde àquela dos agentes estatais. A inexplicabilidade do mundo produz respostas em todas as classes e níveis sociais. A disposição da ordem, em constantes tentativas de abandono, encontra-se presente em todos os estratos da comunidade: as drogas; a situação de rua; o crime; a irresponsabilidade administrativa; a corrupção; são todas formas de dispor da ordem vigente que se diferenciam apenas quanto ao grau destrutivo que possuem.

A atuação dos operadores do Direito dentro da nova visão em que se investiram, levando para o Judiciário as questões que, em princípio, caberiam ao próprio corpo social funcionar em nada difere daquela da mãe narcótica e negligente. No entanto, enquanto esta possui consequência incidental, aquela se apresenta muito mais destrutiva, na medida em que se reflete estruturalmente sobre a sociedade e o estado.

As instituições da Justiça, nesse contexto, revelam-se progressivamente incapazes de proceder à efetivação dos princípios e valores constitucionais. Dotadas de um ‘poder dissolvente’, materializam-se nos agentes humanos, que veiculam, em meio ao emaranhado de definições possíveis, aquelas que sejam de seu interesse.

A tecnicidade, a prática e o hábito substituíram-se à reflexão valorativa, fato notório no mundo jurídico. A linguagem e o ensino do Direito, num crescente abandono das reflexões de ordem social e filosófica em detrimento do conhecimento técnico e prático, vedam ao operador a consciência efetiva dos conteúdos que visa a aplicar. O sentido conferido à *actio* jurídica é dado pela convicção, que juntamente com o hábito cria a presunção. A

experiência prática ‘muda e altera o tom do texto constitucional conforme as transformações sociais’. O hábito, por sua vez, desconstrói o necessário: o supérfluo passa a ser essencial, a prioridade cede lugar ao efêmero.

A noção da normatividade e do controle jurisdicional necessários perde-se no hábito da ação displicente. É assim que o Direito infla, o Estado assume novas preocupações como necessárias à manutenção da ordem. Destinada a fins cada vez mais específicos, a atuação normativa demonstra a irracionalidade do Estado: a **Lei da Palmadinha** é exemplo claro do excesso normativo que, se aprovada, no meu entender, irá se constituir em grande e indevida ingerência do Estado na esfera privada da família. Ingerência que, por responder à operacionalidade do sistema, poderá se manter e se legitimar.

AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL

A expansão das ‘modalidades da realidade fática’ no Direito de Família leva a um crescente apelo à práxis, às convicções individuais que modulam os juízos de valor e deturpam o tom dos dispositivos normativos. O caos é instaurado por meio de um conjunto de decisões que, reportando-se à mesma instituição, possuem resultados e conteúdos completamente distintos. As diversas concepções acerca da instituição familiar, bem como os novos tipos de famílias que surgem todos os dias, impõem toda uma sorte de temas aos quais o Direito é incapaz de fornecer uma resposta una e conjunta.

No direito familiar, a totalidade normativa não logra abarcar as transformações sociais oriundas da tecnoestrutura. Seja pelas novas tecnologias, seja pelas mudanças adaptativas da sociedade às necessidades do sistema, os diversos modelos de família que surgiram nas últimas décadas estão fora do âmbito protetivo previsto na legislação infraconstitucional.

No caso brasileiro, o Código Civil de 2002, em que pese sua recente implementação, é incapaz de responder de maneira eficaz à flexibilidade da instituição familiar na atualidade. Seja por questões inerentes à elaboração do próprio Código, seja pela contínua reformulação dos valores diante da imprevisibilidade do homem de ação, a

lei em questão é incapaz de responder a situações que urram por uma solução – ou ao menos um parecer – do Estado.

O novo Código, muito embora recente, é anterior à Constituição Federal, tendo em vista que seu anteprojeto data da década de 1973. Sua elaboração, portanto, se deu no regime militar, período no qual as declarações de direitos humanos – e, dentre elas, as que fazem menção à família – eram muitas das vezes desprezadas pelo Estado brasileiro, impedindo que os ideais nelas constantes fossem internalizados pela legislação infraconstitucional.

Por outro lado, a prevalência de uma mentalidade conservadora nos diversos poderes e instituições do Estado vedava o acesso de questões como gênero, homoafetividade, infância e juventude – todas pertinentes à temática familiar – ao Poder Legislativo. A evolução tecnológica e científica, que viria a possibilitar novas formas de família oriundas das técnicas de reprodução assistida, seria um dado *a posteriori*.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 e os novos paradigmas que trouxe ao Estado brasileiro permitiram a expressão de uma diversidade de temas até então considerados irrelevantes pelo Estado. Entretanto, tanto a inépcia do legislador nacional, como o próprio andar do homem de ação impedem que o lapso seja recuperado. Os dispositivos legislativos criados posteriormente à Constituição restringiram-se a abordar matérias que dialogam com o direito familiar – infantojuventude, gênero, alienação parental, estatuto do idoso –, mas os pilares jurídicos da família ainda restam por serem revistos.

Alguns exemplos oriundos da práxis permitem aclarar a dimensão que a instituição familiar tem tomado no século XXI. As formas de família renovada; as famílias homoafetivas; a expansão do direito à convivência familiar entre idosos e netos; as soluções judiciais para os antigos ‘filhos de criação’; as formas de reprodução assistida são todos modelos familiares que, muito embora distintos da família tradicional, se legitimam enquanto garantidores do direito à convivência familiar. Abordemos, a título ilustrativo, cada uma dessas hipóteses.

A família renovada, mais comum – mas não menos importante – dentre todas as hipóteses, constitui a família oriunda de uma separação. A princípio já comumente tratada pelo Código Civil, por meio das hipóteses de guarda compartilhada ou unilateral, as implicações

jurídicas dizem respeito sobretudo a fatores supervenientes à separação, por exemplo, o surgimento de novo vínculo com o companheiro de um ou ambos os cônjuges.

Ainda que o Código preveja a adoção unilateral pelo companheiro de um dos cônjuges, não fornece instrumentos aptos a esclarecer como se daria o vínculo entre o adotado e seu pai ou mãe biológico. Em outros termos, seria possível manter os vínculos com pai ou mãe biológico, criando-se novos vínculos com seus respectivos companheiros?

Os casais homoafetivos, por sua vez, constituem temática mais recente e polêmica. A possibilidade de união estável entre pares do mesmo sexo, embora tenha dirimido a clara ausência de previsão legal para tais situações, é ainda insipiente e incapaz de abarcar a série de direitos que, sob o instituto do casamento, estariam garantidos. Desde a filiação até o direito sucessório, famílias homoafetivas encontram-se mal e insipientemente amparadas pelo Direito.

A falta de regulamentação veda uma vinculação do Poder Judiciário, impedindo que atitudes pioneiras – como a adoção homoafetiva – se reflitam de forma isonômica no território nacional. O esforço normativo, ao menos no que tange à temática da filiação, deverá ser capaz de conciliar a situação desses casais às novas técnicas de fertilização in vitro, de forma a possibilitar uma tutela protetiva eficaz.

O problema da guarda de fato – ou dos ‘filhos de criação’ – é tão ou mais relevante, na medida em que possui clara inflexão nas camadas mais desfavorecidas da sociedade. Muitas vezes, uma mesma família acaba por exercer o poder familiar sobre indivíduos que não são, sequer, parentes distantes. Em outros casos, um membro da família extensa assume a responsabilidade de determinada criança, quando seus pais ou familiares diretos não puderam assumi-la.

Muito embora a previsão legislativa constante do Estatuto da Criança e do Adolescente, a carência de instrumentos jurídicos no Direito de Família é ainda assim um aspecto negativo. O direito infantojuvenil, por sua perspectiva específica, não pode tratar da totalidade de situações enfrentadas por um núcleo familiar que se estruture sob tais condições.

As instituições e órgãos do Poder Judiciário atuantes nessa área, logo,

desprovidos de uma noção do ‘todo’ familiar, não conseguem responder à raiz do problema. Famílias falidas, em alto grau de vulnerabilidade, e que não conseguem uma tutela eficaz dentro do próprio direito familiar, acabam tendo de recorrer ao direito da criança e do adolescente para ter alguma chance de melhoria social objetiva. Por outro lado, caberia questionar se a Justiça, ao impor o exercício do poder parental pelos guardiões de fato – mas ausente na hora de propor soluções eficazes para todo o núcleo familiar – não estaria apenas deteriorando o sentimento de solidariedade presente nessas famílias.

CONCLUSÃO

A solução para todos esses problemas – se houver – deverá passar pela capacidade de negociação de um grau de racionalidade que permita alguma consolidação morfológica dos preceitos do sistema estatal. No entanto, se o Estado é ‘referente administrativo de um conjunto de decisões e interesses que se manifesta como irrenunciável e inadiável num determinado momento conotativo da comunidade social’, é mais provável que a certeza/incerteza valorativa responda aos desígnios da operacionalidade, que a preceitos racionais cada vez mais relativizados.

O retorno a um entendimento conjunto – que possibilitará uma normatização que acompanhe o andar do homem contemporâneo –, deverá passar pelo retorno da capacidade de representação política do Estado, conciliada ao rompimento da inércia da sociedade. Contudo, enquanto o mesmo não ocorrer, caberá ao Magistrado reportar-se aos princípios do ordenamento, procedendo à aplicação dos institutos de forma a consolidar, em meio à ‘metamorfose ambulante’ da sociedade, algum sentido possível aos valores e fundamentos do Estado. ♦

REFERÊNCIAS

CAMPA, Riccardo, **A época das incertezas e as transformações no Estado Contemporâneo**, 1ª Edição. São Paulo, Difel: Instituto Italiano di Cultura, 1985.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ¹

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 acabou de completar 10 anos e, em homenagem ao seu décimo aniversário, realizou-se na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro seminário abordando diversos temas que compõem o universo do sistema civil, com a participação de grandes juristas.

Da exposição dos ilustres palestrantes, extrai-se o quão dinâmica é a legislação civil, principalmente nesse novo milênio, quando veio permeada por princípios e cláusulas abertas que permitem interpretações, adaptações e flexibilizações várias.

Como salientado pelo querido professor Desembargador Sylvio Capanema no curso em questão, após esses 10 anos, as dúvidas em torno do Código se transformaram em perplexidades, e é nesse cenário abrangente e construtivo que os personagens do Direito interagem, com destaque para os magistrados, que, na qualidade de aplicadores do Direito, têm que estar preparados para esse grandioso e diário desafio.

¹ Juíza de Direito da 23ª Vara Cível - Capital.

Todos os temas abordados propiciam debates calorosos e são de interesse dos aplicadores do Direito. Diante dessa gama de assuntos recorrentes em nossa prática diária, destaco a responsabilidade civil, que foi objeto de brilhante palestra do mestre Desembargador Sergio Cavalieri Filho.

Dentro desse amplo e extenso tópico, passo a seguir a tecer algumas considerações a respeito da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, tais como empresas de transporte coletivo, por ser tema de grande recorrência no Poder Judiciário.

DESENVOLVIMENTO

A responsabilidade civil das empresas de transportes coletivos, pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, pode ser encarada sob duas vertentes.

A primeira trata da responsabilidade contratual da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, como, por exemplo, no caso das empresas de transporte coletivo em relação aos seus passageiros.

Nessa hipótese, tendo em vista que o transporte coletivo é espécie de serviço público concedido, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público fundamenta-se tanto no artigo 37, §6º da Constituição da República, como no artigo 14 da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos do referido artigo 14, a responsabilidade civil do fornecedor de serviços é objetiva, fundada na Teoria do Risco do Empreendimento, configurando-se apenas com a presença do fato, do dano e do nexo causal entre ambos, não sendo necessária a prova da culpa.

Sob esse prisma, o fornecedor de serviços somente se exonera da responsabilidade civil se provar a ausência de qualquer um desses elementos, ou seja, ausência da conduta, do dano ou do nexo causal, sendo que este se afasta se demonstrada uma das causas elencadas no § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a saber: inexistência de defeito no serviço, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Neste sentido, cumpre trazer à colação o entendimento do Professor Sergio Cavalieri Filho, em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”:

“Assentado que a responsabilidade do transportador é objetiva e que, em face da cláusula de incolumidade, tem uma obrigação de resultado, qual seja, levar o transportado são e salvo ao seu destino, o passageiro, para fazer jus à indenização, terá apenas que provar que essa incolumidade não foi assegurada; que o acidente se deu no curso do transporte e que dele lhe adveio dano”. (in Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição, pág. 299).

Sob tal espécie de responsabilidade não pairam dúvidas, sendo a jurisprudência e doutrina assentes quanto à responsabilidade objetiva das empresas de transporte público em relação aos passageiros.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO. Ação indenizatória. Serviço público de transporte ferroviário de passageiros. Responsabilidade objetiva da concessionária (CF/88, art. 37, § 6º e CDC, art. 14). Queda de usuária na estação ferroviária em razão de precariedade das instalações. Fratura da perna esquerda. Dano material caracterizado. Lesão a direitos da personalidade, gerando direito compensatório de dano moral. Verba arbitrada com razoabilidade e proporcionalidade. Dano estético autônomo: condenação extra petita. Apreciação de ofício dos consecrários da condenação (verbete 161, da Súmula deste TJRJ). Recurso a que se dá parcial provimento”. (0001589-11.2008.8.19.0206 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 30/03/2012 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

Alguma controvérsia surge, entretanto, quando se trata da análise da responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em relação a terceiros, não usuários dos serviços prestados.

Para muitos, e a eles me filio, a hipótese se subsume ao artigo 37, § 6º da Constituição da República de 1988, que prevê a responsabilidade objetiva dos entes públicos e das concessionárias de serviço público por

danos praticados contra terceiros, baseada na teoria do risco do empreendimento, que dispensa a análise da conduta culposa.

No entanto, as empresas de transporte coletivo sustentam que sua responsabilidade é subjetiva, ao argumento de que o artigo 37, § 6º da Constituição da República somente se aplica aos usuários do serviço, o que, a toda evidência, não merece prosperar.

A uma, pois o artigo é claro ao referir-se a terceiro, não fazendo qualquer distinção se a vítima é usuária ou não do serviço prestado. A duas, porque, ainda que o artigo 37, § 6º da Constituição não se lhes aplicasse sua responsabilidade, mesmo assim ela seria objetiva, seja com base no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, diante da caracterização de consumidor por equiparação da vítima, seja com base no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, que prevê a responsabilidade objetiva daqueles que exercem atividades que, por sua natureza, acarretam riscos a terceiros, como ocorre no presente caso.

Nesse sentido a jurisprudência se manifesta

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS EM RAZÃO DE ATROPELAMENTO POR COLETIVO. PERMISSONÁRIA DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO. HÁ PROVA DO NEXO CAUSAL E DO DANO. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR DE R\$ 8.000,00 PELOS DANOS MORAIS. RECURSO DO RÉU. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, TANTO POR FORÇA DO ARTIGO 14, § 1º DO CDC, POR SE TRATAR DE CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO, QUANTO DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, POR SER A RÉ CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO. EXCLUI-SE A RESPONSABILIDADE DA RÉ SOMENTE SE PROVADA ALGUMA CIRCUNSTÂNCIA QUE ROMPA O

NEXO DE CAUSALIDADE, TAIS COMO FORÇA MAIOR, FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA OU FATO EXCLUSIVO E DOLOSO DE TERCEIRO. OS DOCUMENTOS ADUNADOS AOS AUTOS, BEM COMO AS PROVAS NELE PRODUZIDAS, COMPROVAM O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OCORRÊNCIA DO ACIDENTE E AS LESÕES SUPOSTADAS PELO DEMANDANTE, O QUE FAZ EXSURGIR O DEVER REPARATÓRIO DA RÉ PELOS DANOS SUPOSTADOS PELO AUTOR. VERBA DE DANO MORAL QUE DEVE CUMPRIR SUA FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA, ARBITRADA COM RAZOABILIDADE E MODERAÇÃO, DIANTE DO GRAU DAS LESÕES SOFRIDAS PELO AUTOR A JUSTIFICAR O VALOR DE R\$ 8.000,00. CORREÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA DATA DE SUA FIXAÇÃO (SÚMULA 97, DO TJRJ). JUROS DE MORA DEVEM CORRER A PARTIR DO EVENTO DANOSO, POR SE TRATAR DE RELAÇÃO EXTRA CONTRATUAL (SÚMULA 54, STJ), EIS QUE NÃO FOI FIRMADO ENTRE O AUTOR E O RÉU O CONTRATO DE TRANSPORTE. (...). (0002221-90.2006.8.19.0211 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 24/02/2012 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMPRESA DE ÔNIBUS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DESEMPENHO DE ATIVIDADE PERIGOSA. RISCO DO EMPREENDIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL. CULPA CONCORRENTE. DANO MORAL. DEVER DE COMPENSAR. ATO ILÍCITO. JUROS DE MORA. EVENTO LESIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 945 DO C.C.-02. As concessionárias que prestam o serviço público de transporte respondem objetivamente pelos danos causados pelos seus prepostos a terceiros, apenas se liberando de referida obrigação quando cabalmente comprovado o rompimento do nexo

causal, através da prova da culpa exclusiva da vítima, ou de terceiro, ou ainda na demonstração de caso fortuito ou força maior. Com relação às concessionárias de transportes de passageiros, por exercerem atividade de risco, devem cercar-se de maiores cuidados para evitar a ocorrência de acidentes, treinando seus prepostos a efetuarem a denominada direção defensiva, em especial nas situações em que se apresentam um potencial maior de ocorrência de acidente, como nos casos envolvendo menores dirigindo bicicletas nas ruas. Tratando-se de compensação por danos morais, decorrente de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros ocorrerá da data do evento lesivo (Súm. 54 S.T.J.) e a correção monetária deve ser contada a partir da fixação do quantum indenizatório. Dano moral que não representa adequadamente o sofrimento decorrente da perda de um filho, devendo haver sua majoração, a fim de permitir uma compensação satisfatória àquele que teve ceifado o convívio de um ente querido. Demonstração de culpa concorrente entre a vítima e o autor do fato que limita o valor da indenização, a teor do disposto no art. 945 do C.P.C. Conhecimento dos recursos para dar provimento ao primeiro, majorando o valor do dano moral para R\$ 50.000,00 e dar parcial provimento ao segundo, de modo a incidir a correção monetária a partir da decisão que a fixou". (0025611-43.2007.8.19.0021 – APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 31/01/2012 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi dito, conclui-se que a responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro é complexa, pois lastreada em diversos diplomas legais, desde a Constituição da República até o Código Civil, perpassando pelo Código de Defesa do Consumidor, o que torna ainda mais instigante e desafiadora a função do aplicador do Direito. ♦

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

KATYLENE COLLYER PIRES DE FIGUEIREDO¹

Inspirada na Palestra dos Professores Leonardo Marques e Monica Gusmão.

Está em vigor desde janeiro a Lei nº 12.441, de 2011, que permite a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) - cujo patrimônio não se confunde com o próprio negócio.

A EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica, a qual permite que apenas uma pessoa constitua a pessoa jurídica e mesmo assim, a responsabilidade do titular e a da pessoa jurídica não se confundem. Antes da mencionada lei, pelos menos dois sócios eram obrigatórios para criação de qualquer pessoa jurídica, regra que muitas vezes incentivava as fraudes.

Nesse sentido, cabe de imediato destacar dois enunciados da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizado no fim de 2011, do qual participou a i. professora palestrante. A seguir:

Enunciado 72 - Arts. 980-A e 44: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.

Enunciado 73 - Art. 980-A: O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da

¹ Juíza Titular da Comarca de Paty do Alferes.

pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Ressalte-se, que a conceituação do empresário individual continua vigente, pois não houve, nem mesmo haverá a extinção deste.

Quanto à empresa individual de responsabilidade limitada, esta não se confunde, nem substitui o clássico empresário individual.

Assim poder-se-á analisar o empresário (sujeito responsável pela atividade de empresa) em três modalidades: 1. Empresário individual, com natureza de pessoa física, com responsabilidade ilimitada e pessoal sobre as obrigações da atividade; 2. As sociedades empresárias, tratando-se de pessoas jurídicas com pluralidade de titulares, cujas responsabilidades se verificam a cada espécie (sociedade anônima, sociedade limitada, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e sociedade em comandita por ações); e 3. A Empresa individual de responsabilidade limitada, pessoa jurídica com titularidade unipessoal, com responsabilidade limitada ao patrimônio constituído, quanto as obrigações advindas do exercício da atividade.

A EIRELI está disciplinada em apenas um artigo do Código Civil, *in verbis*:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Considerando a pouca regulamentação deste tipo empresarial específico, muitas dúvidas já se colocam em debate na doutrina e jurisprudência.

A primeira grande questão que surge é no sentido da possibilidade ou não de o titular da EIRELI ser pessoa jurídica.

Uma liminar da Justiça do Rio de Janeiro garantiu a uma consultoria americana, que pretende iniciar suas atividades no Brasil, dar continuidade ao processo de transformação da sua empresa limitada em Empresa Individual de Responsabilidade Individual (EIRELI). A decisão é a primeira do país nesse sentido. A Lei nº 12.441, de 2011, permitiu a constituição de empresas com apenas um proprietário, o que era vedado até então. O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), porém, limitou essa possibilidade a pessoas físicas, por meio da Instrução Normativa nº 117, de 2011.

Não obstante, a questão está longe de ser pacífica, porquanto, o enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em sentido diametralmente oposto, a seguir:

Enunciado 71 (Art. 980-A): A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.

O capital da empresa individual deverá ser antecipadamente integralizado para sua constituição na Junta Comercial, determinando a nova legislação que o capital social não poderá ser inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país, atualmente correspondente a R\$ 62.200,00 (sessenta e dois mil e duzentos reais).

Ainda em sua criação, é interessante apontar que a EIRELI poderá ser resultante de transformação de pessoa jurídica anterior, empresário individual anterior ou mesmo de concentração de quotas de outra modalidade societária em um único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração (art.980-A, §3º.). Consta-se que a iniciativa do novo instituto é estimular a organização e reestruturação de empresários individuais informais. Visa também ao afastamento de sociedades limitadas simuladas constituídas com sócios que emprestam seu nome para a pluralidade de titulares; e ainda busca impedir a extinção da sociedade (após os 180 dias concedidos legalmente) que incorra em unipessoalidade de sócios.

Determina ainda a nova lei que o nome empresarial da EIRELI poderá figurar como firma, conforme o nome do empresário individual, ou denominação, permitindo-se a utilização de termo fantasioso que infira a atividade a ser realizada, desde que ambos sejam acompanhados pela expressão “EIRELI”.

Indicada a aplicação supletiva das normas de sociedades limitadas à EIRELI, caberá a norma de responsabilidade do art.1.052 do Código Civil. Ou seja, a responsabilidade pelas obrigações decorrentes da atividade de empresa se limitará ao patrimônio constituído à própria pessoa jurídica. Razão para tanto foi a limitação da EIRELI a um patrimônio mínimo de

100 (cem) salários mínimos. Buscou o legislador a futura proteção aos credores por um patrimônio minimamente garantido.

Outro aspecto, quanto à constituição do patrimônio, é que prevalece o entendimento de que o nome, a imagem e a voz não podem ser utilizados para integralizar o capital social. *In verbis*, mais um enunciado da V Jornada:

76 (Art. 980-A, § 5º): A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI.

Considerando a responsabilidade limitada ao patrimônio da pessoa jurídica, não caberá a responsabilização do patrimônio pessoal do titular, tampouco a responsabilidade subsidiária prevista nos artigos 1.023 e 1.024 do Código Civil, aplicável às sociedades simples. Sendo a EIRELI verdadeira pessoa jurídica, finalmente se permitiu a fração do universo patrimonial do titular entre patrimônio empresarial e patrimônio real.

No entanto, será possível a atribuição de responsabilidade à pessoa natural titular da EIRELI, dada a sujeição legal às medidas excepcionais de desconsideração da personalidade jurídica, seja nos termos do art. 50 do Código Civil, seja pelas demais previsões legais em situações especiais.

Nesse ponto, cabe salientar que o § 4º foi vetado justamente por conter disposição que poderia dar margem à interpretação de que não seria cabível a desconsideração da personalidade jurídica neste tipo societário.

Consagrou-se, portanto, a sonhada previsão de limitação de responsabilidade pelos débitos advindos do exercício da atividade prevista no objeto de constituição, sendo uma opção ao empresário individual que possua o numerário mínimo previsto em lei para constituição da EIRELI. Não sendo caso de abuso de personalidade que justifique a desconsideração da personalidade jurídica, restringir-se-á a execução de crédito por credor da EIRELI somente ao esgotamento dos bens constantes do patrimônio empresarial, cabendo em caso de insolvência, o pedido de decretação de falência, em processo especial de concorrência de credores. ♦

O CÓDIGO CIVIL DE 2002: PRINCÍPIOS BÁSICOS E CLÁUSULAS GERAIS

LISIA CARLA VIEIRA RODRIGUES¹

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, obra idealizada por Clóvis Bevilácqua, refletia os ideais do século XIX, em que os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* estavam no seu apogeu; possuindo tal diploma caráter extremamente individualista e conservador, além de privilegiar o sujeito de direito como titular de um patrimônio imobiliário.

Deixou, pois, a anciã codificação civil de ressaltar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais ao abordar a questão patrimonial, mostrando-se compatível com as legislações erigidas no século XIX, tais como os códigos napoleônico e alemão; os quais vivenciavam o Estado Liberal de Direito, ao defender os interesses da burguesia, que passava a ter força econômica.

Saliente-se que o antigo código esperava ser a verdadeira “constituição” do direito privado, disciplinando as relações jurídicas civis de forma casuística, com a pretensão de solucionar as diversas situações que poderiam envolver os sujeitos de direito.

A evolução por que passou o mundo, no entanto, exigiu profundas modificações no ancião diploma civil e na legislação privada extravagante.

¹ Juíza de Direito da 4ª Vara Cível - Regional de Jacarepaguá.

Operou-se a revolução industrial, que acarretou o desenvolvimento dos meios de produção, das instituições financeiras e do mundo dos negócios. A indústria, de artesanal que era, passou a lançar em massa produtos no mercado, cuja distribuição coube a empresas diversas do fabricante, que igualmente trabalhavam em massa, visando a atender às necessidades de milhões de habitantes.

Dessa forma, as relações contratuais tiveram que se adequar à velocidade da vida moderna, mostrando-se raras as avenças cujas cláusulas eram amplamente discutidas entre as partes.

A velha fórmula adotada pelo Código Civil de 1916 não mais atendia aos reclamos da sociedade.

Da concepção individualista das relações contratuais e de propriedade, necessitava-se da finalidade social e ética na administração do patrimônio e na celebração do contrato; exigia-se, pois, uma lei civil que atentasse mais para a realidade do que para categorias ideais e abstratas, que tudo abarcavam.

O presente artigo objetiva, em apertada síntese, abordar os princípios básicos norteadores do Código Civil de 2002, além da técnica legislativa aplicada em diversos dos seus dispositivos, consubstanciada nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em janeiro de 2003, passou a vigorar a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Novo Código Civil Brasileiro, cujo anteprojeto de lei foi encaminhado pelo Ministro da Justiça Armando Falcão ao Presidente da República, através da mensagem número 160, de junho de 1975, sendo remetido ao Congresso Nacional no mesmo ano. Na Câmara dos Deputados, recebeu 1063 emendas, logrando aprovação em 1984; e no Senado Federal, outras 332 lhe foram feitas, figurando como Relator Geral o Senador Josaphat Marinho.

O anteprojeto de lei resultou do trabalho de comissão nomeada pelo Governo em 1969, da qual faziam parte juristas de escol: foi presidida por Miguel Reale e composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

Na verdade, formou-se a comissão supra no sentido de serem revisitos anteprojetos anteriores de mudança do Código Civil de 1916, elaborados por Orlando Gomes, o qual regularia as relações de família, direitos reais e sucessões; e Caio Mário da Silva Pereira, que, juntamente com Sylvio Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos, redigiu o Anteprojeto do Código das Obrigações.

Note-se que desde 1969 já era patente a necessidade de reforma do diploma civil, o qual, promulgado no início do século XX, não mais traduzia a vontade social brasileira, passando por sensíveis mudanças ao longo dos anos.

Deve ser destacado que o Código Civil de 1916 espelhava os valores do século XIX e funcionava como um sistema fechado, totalmente avesso às intervenções da jurisprudência, da doutrina e da realidade da população para o qual era destinado.

Cite-se, na oportunidade, a lição da Prof. Judith Martins Costa:

“O Código afinal vigente em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família –, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar no campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.”²

² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Dessa forma, era o Código Civil de 1916 fiel à diretriz oitocentista, na medida em que a autonomia da vontade apresentava-se como a principal orientação em sede contratual; privilegiando a lei a concepção de sujeito de direito enquanto titular de um patrimônio. Despia-se o código de qualquer intervenção em prol da sociedade, e em prejuízo do indivíduo; como hoje faz o novel regime, no qual estão assentados os princípios da função social do contrato e da propriedade.

Digna de nota é a observação de que no vetusto regime civil inexistia qualquer referência aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, hoje constitucionalmente consagrados.

Disciplinava a velha codificação civil as relações que julgava interessantes para o direito, via de regra, as de natureza patrimonial, arvorando-se na pretensão de regulamentar minuciosamente todas, já que assegurava direitos ao nascituro e estabelecia disposições para depois da morte do sujeito, tais como, o inventário e a partilha de bens. Saliente-se que estas previsões legislativas eram absolutamente inflexíveis à ação dos operadores do direito, peculiaridade do sistema fechado abraçado pelo código. A rigidez desse sistema e a insuficiência do diploma civil para disciplinar as novas relações da vida em sociedade determinaram o aparecimento de diversas leis extravagantes, como, por exemplo, a do divórcio e separação judicial, dos registros públicos, do loteamento e da locação de imóveis urbanos.

Presidida por Miguel Reale, que acabou por redigir integralmente a parte relativa ao Direito das Obrigações e Direito da Empresa em razão do falecimento de Agostinho Alvim e Sylvio Marcondes, a comissão elaboradora do anteprojeto do código percebeu que tal distância da realidade brasileira não mais poderia ser mantida.

O entendimento de que a legislação civil deveria estar em harmonia com a experiência social para, a partir dos fatos, agir sobre eles, demonstra, segundo a melhor doutrina, a concepção culturalista de Miguel Reale, que pretendeu elaborar um anteprojeto para o futuro.

O próprio Miguel Reale afirma:

“Concretude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção, para a disciplina da matéria.”³

Em que pese a perspectiva de mudança, foi a Lei 10406/02 tímida ao positivizar soluções já consagradas pela doutrina e jurisprudência, como, por exemplo, a resolução do contrato por onerosidade excessiva; insistindo em manter institutos como a anticrese e a retrovenda, em franco desuso.

As observações supra são confirmadas pela redação da Mensagem 160, de 1975, da lavra do Ministro da Justiça Armando Falcão, que encaminhou o Projeto de Código Civil ao Presidente da República Ernesto Geisel, citada pelo Prof. Clayton Reis em sua obra “Inovações ao Novo Código Civil”, que teve por objeto traçar as diretrizes básicas da novel legislação:

“.....
e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência;
.....

³ REALE, Miguel *et al.* **O Novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. 1ª. Ed. Campinas. Book-seller Editora LTDA., 2003.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica;

.....
m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.”⁴

O presidente da comissão elaboradora do Anteprojeto, Prof. Miguel Reale, elucidou em palestra proferida na Academia Paulista de Letras os princípios incorporados ao Código Civil de 2002:

“(...) a eticidade, implicante a substituição do formalismo verificado no código de 1916 por modelos hermenêuticos, de modo a permitir a contínua atualização dos preceitos legais, (...) e valores éticos como a boa-fé, os costumes e a função social dos direitos subjetivos; a socialidade, que marca o objetivo de superação do individualismo jurídico, temperando a liberdade contratual com a função social do contrato, estatuindo o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, reduzindo os prazos de usucapião, valorizando a natureza social da posse e submetendo o direito de propriedade à sua função econômica e social; a operabilidade, estabelecendo soluções normativas facilitadoras da in-

⁴ REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

terpretação e aplicação do código, tais como, a clareza de distinção entre prescrição e decadência, a disciplina apartada das associações e das sociedades, a utilização de cláusulas gerais (boa-fé, probidade) e de preceitos de conteúdo indeterminado (onerosidade excessiva).”⁵

Eticidade, socialidade e operabilidade são as marcas do Código Civil de 2002.

A eticidade está presente no novo diploma civil e, aliada aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, pretende que a conduta dos sujeitos de direito seja pautada por atitudes corretas (*correttezza*), leais e honestas, não se contentando apenas com a intenção dos agentes em praticar o ato segundo os ditames do Direito.

Com efeito, a eticidade impõe aos participantes do comércio jurídico o dever geral de colaboração, operando defensiva e ativamente; isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos.⁶

O princípio da boa-fé contratual, expresso no art. 422, é dirigido a todo tipo de avença e aplicado desde a fase pré-contratual até a sua conclusão e ao momento pós-contratual.

A título de exemplo, merecem ser citados o art. 113, que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração; o art. 187, que diz cometer ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e o art. 128, que trata da eficácia da condição resolutiva.

O princípio da socialidade manifesta-se como exigência da vida contemporânea nos grandes centros urbanos, onde várias pessoas dividem a mesma habitação, refletindo no todo a conduta de uma só.

⁵ Palestra proferida pelo Prof. Miguel Reale na Academia Paulista de Letras, em 29/11/2001.

⁶ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

A visão individualista do Código Civil de 1916 já não era mais suficiente aos novos reclamos da sociedade brasileira, que necessitava de um diploma inibidor das ações contrárias aos seus interesses e que valorizasse a solidariedade social.

A socialidade encontra-se especialmente expressa nos arts. 421 (função social do contrato); 422 (interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão), assim como na função social da propriedade (art. 1228, parágrafo 1º) e nas normas referentes à usucapião, reduzindo os prazos estabelecidos pela antiga legislação (art. 1.238, 1.240 e 1.242).

Por fim, há a operabilidade. Manifesta-se tal princípio no cuidado da comissão em estabelecer, já na norma, soluções facilitadoras da sua interpretação e aplicação, notadamente quanto à precisão dos conceitos.

A hipótese mais marcante é, sem dúvida alguma, a distinção entre prescrição e decadência. O Código Civil de 1916 elencava em um só dispositivo prazos prescricionais e decadenciais.

O art. 206 do novo Código enumera os prazos prescricionais, sendo os decadenciais expressamente citados após a hipótese normativa prevista, como no art. 618.

AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A fim de adequar a novel legislação civil aos ditames da vida moderna, valeu-se o legislador, em diversos momentos, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, eis que se mostrava ineficiente o modelo casuístico ou técnica da regulamentação por *fattispecie* anteriormente adotado.

Há de ser mencionado o entendimento dos Profs. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery a respeito do conceito de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados:

“17. Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, par. 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, Cap. VI, p. 120-121)., cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, par. 3º, IV, n. 94, p. 82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.”⁷

Muito em comum possuem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas as hipóteses estará o magistrado diante de normas vagas, ou seja, as constituídas por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado.⁸

Segundo a Prof. Judith Martins-Costa:

7 NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, 1ª. Edição; São Paulo: RT, 2002.

8 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

“ Não se trata, aqui, de utilizar as “regras comuns de experiência” (CPC, art. 335), mas de utilizar as valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume).”⁹

Citem-se como exemplo os arts. 421 e 422 do Código Civil:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Percebe-se que a própria norma encaminha o juiz para a função social do contratos e os princípios da probidade e boa-fé que a integrarão, os quais possuirão diferentes significados, considerando-se à época, o local, os costumes e a moral social da sua incidência.

Está o intérprete, pois, diante de uma cláusula geral que será aplicada em variadas hipóteses e por longo período, sem que se modifique a sua redação.

Com efeito, na medida em que mudam as noções de função social do contrato, probidade e boa-fé com o decurso do tempo, os costumes e a moral social, pode o magistrado se reportar a valores do próprio sistema jurídico, ou a outros que lhe são exteriores, para chegar ao real significado desses princípios.

Os conceitos jurídicos indeterminados em muito se assemelham às cláusulas gerais, notadamente quanto às vantagens do seu emprego pelo legislador ao editar novas regras. Apresentam, no entanto, diferenças, pois nestas a atividade criadora do juiz é muito maior, já que deverá analisar axio-

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

logicamente a norma, verificar a sua aplicação à espécie, imprimir efeitos ao ato praticado, ou, ainda, graduá-los, no caso de existir previsão legal.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, corre a subsunção do fato à hipótese normativa, ou seja, os conceitos formados por termos indeterminados integram sempre a descrição do fato em exame com vistas à aplicação do direito, havendo, via de regra, expressa manifestação do legislador quanto às conseqüências do ato.¹⁰

Um exemplo aclarará a hipótese.

O parágrafo único do art. 944 do Código Civil é redigido da seguinte forma:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

No caso, deverá o julgador avaliar se ocorreu a excessiva desproporção aludida no dispositivo; e, em havendo a tipificação, reduzirá a verba reparatória. Nesta oportunidade, o artigo remete a outro critério valorativo, **qual seja, a diminuição será feita equitativamente; obedecida a proporção entre a gravidade da culpa e o dano.**

O magistrado avaliará a desproporção entre a culpa e o prejuízo e atenderá ao comando normativo, reduzindo equitativamente a indenização.

Diversamente ocorre nos arts. 421 e 422, em que o julgador deverá, inclusive, atribuir efeitos aos atos praticados em discordância com a norma, não se tratando apenas de adequação da hipótese fática à hipótese normativa.

O Prof. Menezes Cordeiro, citado pela Prof. Judith Martins-Costa, identifica três tipos de cláusulas gerais:

“ (...) de tipo restritivo, aí operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual, inclusive a liberdade de se retirar

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

injustificadamente da fase das tratativas negociais; de tipo regulativo, regulando, através de um princípio, todo um vasto domínio de casos, como corre com a regulação da responsabilidade por culpa; e de tipo extensivo, por forma a ampliar uma determinada regulação através da possibilidade, expressa, de aí serem introduzidos princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária.”¹¹

A jurisprudência percebeu a importância da introdução do sistema das cláusulas gerais pela nova legislação civil, o que se pode observar pelos seguintes acórdãos, todos do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

0032046-57.2011.8.19.0000 - PROCESSO ADMINISTRATIVO

1ª Ementa

DES. LUIZ FELIPE HADDAD - Julgamento: 07/11/2011 - ORGAO ESPECIAL

Administrativo. Civil. Comunicação efetivada pelo CEDES, da aprovação de quatro enunciados pelo II Encontro de Desembargadores Cíveis, realizado em junho do corrente ano. Formalidades obedecidas. Insurgência, por associação e por instituto de registradores, e correlatos, a propósito do quarto verbete. Posição do Ministério Público no desabono dos dois primeiros, e no abono dos dois últimos. Concordância parcial. Quanto ao primeiro verbe, a “cláusula geral” dos contratos, concernente à função social, pode e deve ser aplicada de ofício pelo julgador, independente de provocação de litigante. Tal função decorre de evolução jurídica nacional e forânea, com referência na Constituição Alemã

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

de Weimar, que orientou no Brasil a Carta de 1934, no escopo da mitigação da sistemática capitalista e proprietista, cujas injustiças deram azo aos movimentos socialistas, de tipo radical ou moderado; este último, na denominada social democracia; sendo que o enfoque da propriedade se ampliou, nos últimos tempos, e na eficácia das Constituições ulteriores, de modo a abranger diversos institutos inerentes ao Direito Privado. Atenção que se deve ter para com o ideário da dignidade da pessoa humana, conjugada aos valores do trabalho e da iniciativa livre; do que cuida o artigo 1º, incisos III e IV, do Pacto Político. Inexistência do perigo, alegado pelo “Parquet”, de vagueza na exegese do dito verbete, ou conturbação de conceitos, porque eventual erronia, na instância de piso, será escoimada no segundo grau, sem falar-se das preciosas atribuições constitucionais das Cortes Maiores do País. Quanto ao segundo enunciado, não se vê adequado o repete da presunção de pagamento das despesas de funeral, pelas pessoas credoras de alimentos em face do falecido devedor, uma vez que as empresas funerárias quase sempre emitem notas fiscais, e sendo certo que ninguém faleça insepulto; fora hipóteses excepcionais terríveis; muitas vezes os enterros são custeados por entidades governamentais ou não governamentais de proteção a pessoas carentes de recursos; ainda se sabendo que, em vários casos, a cobertura de tais custos se dá por outras pessoas credoras ou supostas credoras. Proposição que impende ser melhorada em novo estudo, devendo, pois, ser rejeitada. Acerca do terceiro enunciado, também não merece prestígio, uma vez que a verba reparatória do dano moral, na chamada mitigação da dor por dinheiro que proporcione alegria, deve atender às circunstâncias do caso concreto, não sendo recomendável que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade prevaleçam de modo genérico. Quanto ao quarto verbe, jurisprudência altamente dominante, nesta Corte Fluminense, em suas congêneres, e nos Egrégios STF e STJ, no sentido de que a ausência do registro de alienação de coisa móvel fungível, de específico, veículo motorizado, no cartório de registro de títulos e documentos, só acarreta ineficácia perante ter-

ceiros, não entre as próprias partes do negócio jurídico. Redação que se continha no artigo 66 da Lei 4728/1965, conjugada ao Decreto-Lei 911/1969, alterado pela Lei 10.932/2004, que era expressa a respeito. Primeiro parágrafo do artigo 1361 do Código Civil/2002, eficaz desde janeiro/2003, determinando tal registro cartorial, cuja leitura não deve ser diferente da que já existia, por boa hermenêutica; e mais ainda, na correlação ao que se reputa no cumprimento judicial das obrigações de fazer, derivadas de contratos de promessa de compra e venda acerca de bens imóveis, não levados aos registros gerais competentes. Aresto deste Órgão Especial, datado do ano de 2008, sob relatoria da Desembargadora Valéria Maron, com dois votos vencidos, reputando, por suscitação de órgão fracionário, a inconstitucionalidade da parte final do citado dispositivo, acerca do rigor do registro de tais contratos de alienação de autos nas ditas autarquias; não alcançando a parte inicial; pelo que não se acha suspenso por “repercussão geral”, que foi decretada pelo Excelso Pretório, cautelarmente, em sede de recurso extraordinário, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio. Enunciados propostos sob os números I e IV, que são aprovados, para inserção na Súmula deste Tribunal. Rejeição dos Enunciados proposto sob os números II e III. Votos vencidos acerca do Enunciado II e do Enunciado IV.

0052076-81.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO

1ª Ementa

*DES. HELENORIBEIROPNUNES - Julgamento: 30/06/2010
- SEGUNDA CÂMARA CÍVEL*

**CONTRATO DE SEGURO
ROUBO EM CASA LOTÉRICA
RECUSA DE COBERTURA
NULIDADE DE CLÁUSULA
NOVO CÓDIGO CIVIL
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA PROIBIDADE**

CONTRATO DE SEGURO. ROUBO EM CASA LOTÉRI-CA. CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DE BOA-FÉ OBJETIVA, ETICIDADE E LEALDADE CONTRATUAL. ART. 422 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. 1) Sendo o seguro um contrato de adesão, onde as **cláusulas** já estão preestabelecidas, inclusive as limitativas, impõe-se a sua análise à luz dos dispositivos do **Código Civil** de 2002 que consagram uma série de princípios vetores da segurança jurídica que deve permear a formação dos contratos em **geral**, exigindo comportamento leal e ético pelos contratantes na consecução dos negócios jurídicos. 2) Incoerente se mostra o julgamento proferido no sentido da improcedência do pedido com assento na inexistência de vinculação entre as condições da permissão conferida à autora para exercer a atividade lotérica e a **cláusula** excludente de cobertura, quando, em contrapartida, admite como regular tal vinculação para se reconhecer da eficácia da referida cláusula de exclusão da obrigação, que remete justamente ao regramento da relação estabelecida entre a CEF e as permissionárias do serviço lotérico. 3) Trata-se, neste caso, de se conferir tratamento diverso às partes integrantes de uma relação jurídica subjetiva, o que é repudiado pelo Direito. 4) Além disso, ao se reportar de forma lacônica à circular nº 342 da CEF, a seguradora não estabeleceu de forma clara a sua intenção de exigir do contratante a existência de equipamento de segurança no estabelecimento lotérico, de forma que, à luz do novel **Código Civil**, em se tratando de cláusula limitativa, é de se conferir interpretação mais benéfica ao segurado, reconhecendo o seu direito ao recebimento da indenização. 6) Ademais, há prova irrefutável de que a seguradora se comprometeu a manter a cobertura securitária até o termo final do prazo estipulado para que o autor procedesse à instalação dos mencionados equipamentos, não podendo, posteriormente, volver-se contra seus próprios atos, em comportamento contraditório, gerando insegurança, instabilidade e intranquilidade, recusando-se a efetuar o pagamento do seguro. 7) Não são devidos juros compensatórios, uma vez que não há previsão, seja contratual seja legal neste sentido. 8) Provimento parcial do recurso para julgar parcialmente procedente o pedido.

Registre-se que, recentemente, foi editada a Súmula 281 do TJ/RJ, que assim dispôs: **“a cláusula geral pode ser aplicada de ofício pelo magistrado.”**

CONCLUSÃO

A novel legislação civil de 2002 introduziu importantes mudanças, a fim de adequá-la aos novos ditames da sociedade pós-moderna.

Adotou os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade; além da técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

O Código Civil de 2002 é o diploma da mudança. Pode não ser a legislação ideal, face à demora na sua edição e à velocidade das transformações sociais, mas é a de que se dispõe, com excelentes ferramentas para adequá-la às vicissitudes da atualidade, notadamente pela liberdade que é conferida ao magistrado, de maneira a fazer valer a melhor solução para o caso no momento em que é julgado. ♦

BIBLIOGRAFIA

COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, 1ª. Edição; São Paulo: RT, 2002.

Palestra proferida pelo Prof. Miguel Reale na Academia Paulista de Letras, em 29/11/2001.

REALE, Miguel *et al.* **O Novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. 1ª. Ed. Campinas. Bookseller Editora LTDA., 2003.

REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

Os acórdãos constantes do trabalho foram retirados do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por consulta realizada em 19 de abril de 2012.

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

A EVOLUÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL DO DIREITO

LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES¹

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho consiste em analisar o primórdio e a evolução do Direito Civil, mormente a partir do Código Civil de 2002 até os dias atuais, principalmente frente aos avanços trazidos com a Constituição Federal de 1988.

ESBOÇO HISTÓRICO

Com efeito, na doutrina afirma-se que sempre houve uma dicotomia entre direito público e direito privado. Entretanto, uma nova visão sobre o direito aflora hodiernamente diante do pós-positivismo, levando-nos a superar essa distinção, entendendo para tal que todos os ramos do direito infraconstitucional hão de ser interpretados à luz da Constituição de 1988, inclusive o Direito Civil, no que se convencionou denominar de constitucionalização do Direito Civil.

Essa mudança de paradigma deu-se em face da inserção de valores inerentes à pessoa humana, que passaram a orientar a interpretação dos institutos do Direito Civil, precipuamente por meio da observância aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição da República de 1988.

¹ Juíza de Direito Titular da 19ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Como ensinam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD² :

“A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos”.

Pois bem, nossa Constituição, no que tange à esfera privada do direito, passa a abarcar institutos que outrora se reduziam ao Código Civil, tais como família, propriedade e atividade econômica.

Na doutrina do professor gaúcho Ingo Sarlet, e seguida por outros grandes mestres como, por exemplo, o professor Gustavo Tepedino, em um sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. O primeiro deles trata da descrição do fato de que vários institutos, que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.), passaram a ser disciplinados também nas Constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. Uma segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão constitucionalização do Direito Civil, é o que nos interessa por ser mais ampla do que a primeira, pois implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27

Imprescindível ressaltar, como já assinalado, que uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo é a importância central atribuída aos princípios. Sua força normativa foi reconhecida na doutrina do ilustre doutrinador alemão Robert Alexy³ que afirma que os princípios são normas dotadas de uma estrutura aberta, ou seja, mandados de otimização que ordenam que se realize algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, limitadas pelos princípios opostos e, assim, exigem a ponderação dos pesos relativos dos princípios em colisão, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Destaque-se ainda que de acordo com o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional, estando protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também da ação do poder constituinte reformador, por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso IV, CF/88).

Pois bem, a inserção no Código Civil brasileiro de 2002 de cláusulas gerais e princípios jurídicos indeterminados faz com que o Direito Civil se apresente como um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916, promovendo de tal modo uma verdadeira “principialização” do modelo interpretativo. As referidas cláusulas gerais vêm previstas esparsamente no Código Civil, sendo de grande interesse neste momento a análise daquelas previstas nos artigos 12 e 21, que se referem aos direitos da personalidade, bem como daquelas outras constantes dos artigos 113 e 442, referentes aos negócios jurídicos.

Nesse sentido, vejamos como os principais institutos do direito privado passam a ter uma leitura civil-constitucional.

³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 87-90. (tradução livre).

DA POSSE

No campo possessório, conquanto o artigo 1.196 do CC/02 tenha adotado a teoria objetiva de Inhering no conceito de posse, o que interessa ao presente estudo é o fato de que a teoria fora cunhada sob a égide do ideário liberal e individualista, no qual o fundamental era o acúmulo de riquezas sob a lógica do ter em prejuízo do ser.

Com efeito, a referida teoria não é mais capaz de explicar o fenômeno possessório à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, além de estar completamente separada da realidade do Brasil, como nação de escassos recursos e enormes conflitos fundiários.

Nesse prisma, a densidade dos princípios e direitos fundamentais na vida privada do homem passou a direcioná-lo, enquanto parte de um todo, na busca incessante pela solidariedade e pelo bem comum (artigo 3º, inciso I, da CF/88). E, em sendo a posse um direito subjetivo, como fato social de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano, haverá de atender à sua função social, tal qual o fazem a propriedade, a família, os contratos etc.

Pois bem, a tutela da posse reside, em verdade, no direito social primário à moradia (artigo 6º da CF/88) e no acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88).

A função social da posse está implícita nos artigos 5º, *caput*, XXII, XXIII, XXIV, 170, 173, 182, 183, 184, 185, 186, 191 da CF/88, mas é certo que haverá casos de tensão entre o direito fundamental de propriedade, do artigo 5º, inciso XXII, da CF/88, e o direito subjetivo metaindividual do inciso XXIII, pelos quais o proprietário é ineficiente na missão de outorgar uma destinação útil àquilo que lhe pertence, o que será resolvido pela lei, no caso de usucapião, ou pelo magistrado, na vertente do princípio da proporcionalidade em três passagens do Código Civil: a) artigo 1.228, § 4º, ao cuidar da desapropriação indireta em favor de uma coletividade que dê função social à posse; b) nos parágrafos únicos dos artigos 1.238

e 1.242, ao premiar com a redução do prazo aquisitivo de usucapião os possuidores que concedem função social à posse; c) artigo 1.210, § 2º, ao extirpar do nosso ordenamento o vetusto instituto da *exceptio proprietatis*.

Assim, a teoria social da posse, fulcrada na perspectiva civil constitucional, confere tutela a quem adquire a posse de um bem e se preocupa com a saúde, a alimentação, a educação, o trabalho, os direitos de vizinhança, a integridade psicofísica, o acesso igualitário aos bens materiais e imateriais, inclusive à proteção ao meio ambiente (artigo 225 da CF/88), efetiva o artigo 1.205 do CC/02 e realiza as variadas dimensões do Estado Democrático de Direito.

DAS OBRIGAÇÕES

Não há como negar que o direito contemporâneo não mais admite situações como a do personagem Antônio, que na célebre obra de Shakespeare, *O mercador de Veneza*, contrata com o agiota Shylock, oferecendo como garantia ao inadimplemento do empréstimo contraído nada menos do que uma libra de carne de seu corpo.

Nessa trilha é a redação do artigo 391 do Código Civil: “*Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor*”, mas uma interpretação do artigo 391 do Código Civil, à luz de uma hermenêutica constitucional, demanda uma releitura nos seguintes termos: “*pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor que não alcancem o seu patrimônio mínimo*”, isto porque na visão civil-constitucional as relações obrigacionais devem ser examinadas por uma perspectiva humanista, voltada à tutela das situações existenciais e da dignidade humana. Consagra-se a tutela do patrimônio mínimo, ou seja, um mínimo de bens que assegure a cada pessoa a sua condição existencial. Aquém desse limite, o ser humano será instrumentalizado e alijado de sua humanidade.

Neste sentido é o comentário ao artigo 944 do CC/02 constante da obra de Gustavo Tepedino⁴ e outros, onde sustenta-se, com toda razão, que:

“A quantificação da indenização tomará sempre como limite o patrimônio disponível do ofensor, sendo de se considerar impenhorável não apenas os bens indicados em lei, como o imóvel residencial (Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990), mas também o patrimônio necessário à conservação de uma existência digna, conceito que não deve ser visto de forma reducionista. Nem mesmo a regra de reparação integral do dano pode afastar a incidência dos princípios constitucionais. Portanto, o valor da indenização mede-se pela extensão do dano, mas se limita ao montante de que pode dispor o ofensor sem prejuízo da sua vida digna”.

DOS CONTRATOS

No direito contratual, inicialmente, cumpre destacar que o princípio da boa-fé objetiva contrapõe-se ao ideário patrimonialista e individualista vigente na ordem civil de 1916. Funda-se esta preposição na nova ordem constitucional, em que o princípio da dignidade humana ganha contornos de norma irradiadora e delimitadora de direitos. Desse modo, a boa-fé objetiva constitui a efetivação da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, pois circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes, e na atual lei civil vemos importantes cláusulas gerais nos artigos 113 e 442 do CC/02, devendo as mesmas ser interpretadas de acordo com os artigos 1º, inciso III, e 170, do texto constitucional, este último regulador dos princípios da atividade econômica, a ensinar o correto entendimento do que é chamado de boa-fé objetiva.

⁴ TEPEDINO, Heloísa Helena BARBOZA, Maria Celina Bodin de MORAES *et al.*, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, v. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 862.

Nesse contexto, o dever de boa-fé objetiva nas obrigações não indica qual a conduta adotada pelas partes de uma relação negocial, mas como estas devem se comportar. Noutras palavras, é atendido quando as partes desempenham suas condutas de modo honesto, leal e correto, evitando causar danos ao outro (dever de proteção) e garantindo o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação); comportamento que faz florescer laços de confiança entre os contratantes.

Do dever de boa-fé objetiva derivam o dever de não agir contra os atos próprios (*venire contra factum proprium*) e o dever de informar.

O *venire contra factum proprium* é uma vedação decorrente do princípio da confiança. Trata-se de um tipo de ato abusivo de direito (artigo 187, CC/02). Referida vedação assegura a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, em que não se admite a adoção de condutas contraditórias.

Neste sentido já decidiu o STJ:

“(...) 2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou. 3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nu-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 610.607/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2009, DJe 17/08/2009).

A despeito de tradicionalmente o dever de informação estar regulado apenas no Código de Defesa do Consumidor, entendemos que tratamento semelhante deve ser dispensado no campo das relações paritárias entre particulares, sobretudo após o novo Código Civil ter explicitado os deveres de probidade e honestidade no trato negocial (artigo 422 do CC/02).

Nesse contexto se insere o diálogo de fontes, que é a possibilidade de convivência harmônica das várias normas que compõem o universo legislativo de defesa do consumidor, utilizando sempre a que for mais favorável ao consumidor, ainda que não consagrada pela Lei nº 8.078/90, de forma que a tutela do consumidor seja alcançada e efetivada a teor do seu artigo 7º.

Assim, é exemplo a relação entre o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Planos de Saúde e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), tendo em vista que os diplomas supracitados permitem a solução mais favorável e protetiva ao consumidor idoso, já que o artigo 15, § 3º, deste último, veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com efeito, o Direito de Família sofreu profunda reformulação com os avanços constitucionais. Impossível, hoje, aplicar os mesmos institutos reguladores das relações familiares sem a prévia consideração de princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade.

Atualmente, as famílias não são mais como aquelas preconizadas há alguns anos atrás em que um homem casava-se com uma mulher e desta união advinha os filhos e assim viviam pelo resto da vida.

Diante de tal constatação, cabe-nos fazer a seguinte pergunta: A CF/88 amplia, no seu artigo 226 e parágrafos, o rol de famílias constitucionalmente previstas. Seria este artigo e seus parágrafos meramente enunciativos ou exemplificativos? Poder-se-ia falar que existem entidades familiares que não as expressas na Constituição?

Para responder a esta indagação, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe sobre o casamento, a união estável e a família monoparental. Entretanto, atualmente existe a hipótese de outros tipos de entidades familiares como a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefe, como no caso de grupos de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais, no caso de uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual, no caso de uniões con-

cubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos e no caso de comunidade afetiva formada com filhos de criação segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

Neste contexto é de se destacar como marco histórico o que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, baseando-se nos princípios constitucionais da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF), da igualdade substancial (artigos 3º e 5º, da CF), da não discriminação – inclusive por opção sexual (artigo 5º, da CF), e do pluralismo familiar (artigo 226, da CF), pois o desrespeito ou prejuízo em função da orientação sexual da pessoa, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano e desobedecer sua honra, modificando o até então entendimento quanto ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002.

Assim, no mundo contemporâneo, é preciso ter uma visão pluralista da família, que considere os vários arranjos familiares existentes. Desde que uma unidade de vivência possua afetividade, estabilidade e ostensibilidade, a mesma configura, sim, uma entidade familiar, merecendo gozar da proteção estatal consagrada constitucionalmente.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O texto constitucional também impôs mudanças no tocante à responsabilidade civil e, para exemplificar, basta lembrar a expressa previsão acerca da indenizabilidade do dano moral no artigo 5º, incisos V e X. A legislação infraconstitucional também a ele se refere, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VI; o Código Civil de 2002, no artigo 186, o qual traduz a cláusula geral da responsabilidade civil culposa.

Atualmente vem se discutindo a possibilidade de indenização nos casos de *bullying* ocorridos nos educandários, visto que acobertados pela regra legal (artigos 932, IV, e 933, CC/2002; artigo 14, CDC), cumpre-nos indagar até que ponto devem os pais ser isentos de quaisquer responsabilidades.

Podemos sustentar a responsabilidade solidária dos pais, cujas funções de educar os filhos com absoluta prioridade importam em verdadeiro *mínus público*. Este é o entendimento a que se chega do estudo conjunto dos artigos 205, 227 e 229, CF/88; artigos 4º e 22, ECA; artigos 1.566, IV e 1.634, I, CC/2002, na medida em que asseveram ser o dever primário dos pais a direção da criação e educação dos filhos, independentemente de estarem casados ou não, demonstrando que nem mesmo o fato de estarem separados ou divorciados os pais, e estando o filho menor na companhia de um deles, em razão da guarda atribuída judicialmente ou por ambos consentida, deve gerar a irreparabilidade quanto ao genitor que não tinha o menor em sua companhia, posto que, sendo detentor do poder familiar, embora não conviva com o ex-cônjuge detentor da guarda, nem por isso seu dever de criar e educar resta diminuído.

CONCLUSÃO

Antes, portanto, na interpretação e aplicação do Direito Civil, a Constituição era uma hóspede intrusa, cuja presença numa lide civil ninguém compreenderia. Hoje, cada vez mais, seja na doutrina, seja na jurisprudência, o conteúdo normativo do Direito Civil se faz próximo das diretrizes constitucionais, e é bom que seja assim, é necessário que seja assim.

Neste sentido, a Carta da República está a determinar, como objetivo fundamental, a igualdade substancial, com a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a solidariedade social, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, CF/88). Também assegura ao consumidor o direito à vida, igualdade e segurança (artigo 5º, caput, CF/88), bem como garante a indenização por dano material, moral e à imagem (artigo 5º, inciso V, CF/88) o que reflete cada vez mais a interferência dos primados constitucionais nas relações privadas. ♦

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA

LUCIANO SILVA BARRETO¹

INTRODUÇÃO

Há exatos 10 anos foi publicada a Lei nº 10.406/2002, que, um ano após, passaria a vigorar. Nesta oportunidade, finalmente seria revogado o Código Civil de 1916, depois de quase um século de vigência, dando lugar a um novo diploma, que chegou em bom tempo, apesar do longo período de tramitação do projeto no Congresso Nacional e da consequente consagração de certas figuras e ideias um tanto ultrapassadas. Malgrado algumas imperfeições, o novo Código Civil, em geral, representou um notável avanço para as instituições civis e seguramente o Direito de Família, o mais dinâmico dos ramos do Direito Civil, também passou por importantes reformas.

Neste trabalho analisaremos a evolução histórica e legislativa da família desde os primórdios até a contemporaneidade. Em tempos longínquos, o sacramento matrimonial era a única alternativa de se dar início a uma família e era indissolúvel, tornando esta entidade severa e sem vínculos de afeto. O austero modelo, conservador e patriarcal, foi calamitoso e deu origem a proliferações de uniões extramatrimoniais, abalando a estrutura familiar daquela época. Assim, a família atual é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. A ampliação do seu conceito acabou por permitir o reconhecimento de outras entidades familiares, como a união de pessoas do mesmo sexo, o reconhecimento da filiação socioafetiva dentre outros avanços. Essas novas relações levam à busca

¹ Juíz de Direito da 9ª Vara Criminal - Capital.

de soluções práticas no âmbito do Direito das famílias e, para tal finalidade, mister se faz que percorramos alguns períodos históricos para que se possa compreender a evolução histórica e legislativa da família, demonstrando-se a evolução conceitual e transformação do seu modelo, até chegar à atualidade, detalhando-se o progresso legislativo intrínseco ao assunto, desde o advento do Código Civil de 1916 até a vigência do novo Código Civil brasileiro.

A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A família, primeira célula de organização social e formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligada pelos laços afetivos, surgiu há aproximadamente 4.600 anos. Este termo nasceu do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico” e foi criado na Roma antiga para servir de base para designação de grupos que eram submetidos à escravidão agrícola. Essencialmente a família firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador e intimidador do pai, que assumia a direção desta entidade e dos bens e a sua evolução, segundo Friedrich Engels,² subdivide-se em quatro etapas: família consanguínea, família punaluan, pré-monogâmica e a monogâmica, tendo cada uma suas características e particularidades. Esta última etapa foi adotada como forma de manter para si uma esposa, já que eram raras; etapa caracterizada pelo casamento e pela procriação.

Segundo este mesmo autor, somente ao homem era concedido o direito de romper o matrimônio ou até mesmo repudiar sua mulher, caso esta fosse estéril ou cometesse adultério.

Ainda na Antiguidade, merecia destaque a falta de afeto entre os membros da família, que se se unia com o propósito de conservação dos bens, a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas.

² ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**: Texto integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d.], p. 31-7. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v. 2).

Quanto aos filhos, quando crianças, não viviam a infância, considerando que tão logo adquirissem porte físico para trabalhar, misturavam-se aos adultos e partilhavam os afazeres domésticos.

Fustel de Coulanges³ menciona que nessa ocasião os filhos sofriam, ainda, o fato da diferenciação. Prova disso é de que a filha quando casava deixava de fazer parte da família de origem, podendo seu pai amá-la, porém não lhe deixar bens, que cabiam aos filhos homens.

No decorrer dos séculos, porém, essa estrutura foi abalada e passou por transformações profundas na sua constituição.

Não podemos deixar de mencionar quão grande foi a influência do Direito Canônico nos alicerces das famílias, que, a partir de então, formar-se-iam apenas através de cerimônias religiosas.

O cristianismo levou o casamento a sacramento. O homem e a mulher selariam a união sob as bênçãos do céu e se transformariam em um único ser físico, e espiritualmente, de maneira indissociável. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes e somente a morte poderia fazê-lo.

Insta salientar que a partir deste advento, a Igreja passou a empenhar-se em atacar tudo o que pudesse desagregar o seio familiar. O aborto, o adultério e concubinato, nestes meados, também passaram a ser abominados pelo Clero e pela sociedade, mas deve ser lembrado que este último ato continuava por ser praticado, porém de forma discreta.

Contudo, após esse período, um novo conceito de família formou-se, não unicamente embasada no sacramento imposto pela Igreja, mas pelo elo do afeto, nascendo a família moderna.

A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Este modelo iniciou-se a partir do século XIX e foi precedido pelas Revoluções Francesa e Industrial, quando, àquela época, o mundo vivia em constante processo de crise e renovação.

³ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 47. v. 2).

A partir de então, passou-se a valorizar a convivência entre seus membros e idealizar um lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Esse é o sentido da família na atualidade.

Vale aquilatar que o Direito de Família é o que mais avançou nos últimos tempos, levando-se em consideração que seu foco são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social.

A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade da filiação não ser somente aquela que deriva dos laços consanguíneos, mas também do amor e da convivência, como é o caso da filiação socioafetiva.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO

As sucessivas transformações legislativas nesta instituição iniciaram na metade do século passado e depararam-se com o advento da Constituição Federal de 1988. A partir de então, inúmeras leis nasceram para adequação das novas perspectivas da família e da sociedade.

Por consequência desta evolução humana, o que era aceitável antigamente, hoje, passa a ser abominado pela sociedade, como por exemplo, o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos, ou ainda, a possibilidade de anular o casamento se constatada a esterilidade. Nesta caminhada evolutiva do Direito é necessário acompanhar os anseios sociais, sob pena de transformar-se em letra morta.

Em razão dessas mutações, várias foram as situações que urgiram respaldo legal, a exemplo da união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas.

A ORGANIZAÇÃO SISTÊMICA DA FAMÍLIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As leis que vigoravam antes da Constituição Federal brasileira de 1988 sistematizavam o modelo da família patriarcal, excluindo da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

Nesta ambientação, o matrimônio era a única forma de constituição da chamada família legítima, sendo, portanto, ilegítima toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto.

O marco histórico, no que diz respeito à legislação, foi a promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil). Este diploma, projeto de Clóvis Beviláqua, era uma obra moldada a sua época, e que vigorou a partir daquela mesma data do ano subsequente.

O autor Luiz Edson Fachin⁴, frente ao mencionado Código, afirma que ser sujeito de direito representava ser “sujeito de patrimônio”, ter muitos bens e nesta esteira de entendimento, a legislação cível daquela época, totalmente patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser” e direcionava-se aos grandes proprietários, devendo-se frisar que a massa popular não sabia de seus direitos e tampouco que poderia invocá-los.

Àquela época, a família patriarcal posicionava-se como coluna central da legislação e prova disso foi a indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher. O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Além disso, à mulher era atribuída somente a função de colaboradora dos encargos familiares, consoante artigo 240 do mesmo diploma legal.

No que concerne à filiação, havia notória distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, que era devidamente registrada no assento de nascimento a origem da filiação.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 298.

Quanto aos bens, conforme o artigo 377 deste Código: “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

O instituto da guarda estava atrelado à culpa na separação e não no bem-estar da criança, como é na atualidade, sendo aquela atribuída ao consorte não culpado pelo desquite.

Nos idos de 1949 entrou em vigor a Lei nº 883, que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos, através de ação de reconhecimento de filiação, os quais passariam a ter direito, inclusive, a alimentos provisionais, em segredo de justiça, e herança, sendo reconhecida a igualdade de direitos, independente da natureza da filiação. Este grande avanço foi marcado pela proibição de qualquer menção à filiação ilegítima no registro civil, deixando para trás a postura preconceituosa na qual o legislador se apoiou para a elaboração da Lei nº 3.071/16.

Noutro giro, em 27 de agosto de 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada, denominada Estatuto da Mulher Casada. Revogou vários dispositivos do Código Civil de 1916 e dentre outros direitos, a mulher obteve aquele de exercer o poder familiar, ainda que constituísse novo casamento. Contudo, essa atividade ainda era bastante restrita, considerando que a redação do parágrafo único do artigo 380, explanava que, caso houvesse divergência entre os genitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução daquele conflito.

Mesmo assim, a posição da mulher no âmago da sociedade e da entidade familiar foi modificada e representou uma das maiores conquistas da classe feminina perante a legislação brasileira, passando, a partir de então, a interferir na administração de seu lar.

No ano de 1977, sob a égide da CFRB de 1967, foram editadas a EC nº 09 e a Lei nº 6.515, sendo que a 1ª possibilitou o divórcio no Brasil, após ter sido obtida a separação judicial e a 2ª disciplinava a matéria viabilizando a ação direta de divórcio, desde que, completados

cinco anos de separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977, (artigo 40). E mais. A mencionada lei foi de grande relevância, vez que concedeu o direito à mulher de optar ou não pelo uso do nome de família de seu cônjuge. Outra modificação foi o Regime Parcial de Bens ser considerado regime legal e a possibilidade dos vínculos familiares se encerrarem com o divórcio.⁵

Posteriormente, aprovou-se a Lei nº 6.697/79, que regulava a assistência, proteção e vigilância a menores, denominada como Código de Menores. Este foi criado com o escopo de ajustar a situação dos meninos e meninas encontrados nas ruas dos centros urbanos, que eram ditos como irregulares. Desta feita, a referida Lei atrelou-se a questões de segurança pública e não se pautou integralmente na proteção às crianças que se encontravam em situação de risco.

A NOVA PERSPECTIVA DA FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, a célula familiar foi mais uma vez remodelada; desta vez dando ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 266, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto.

Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles foi transformado o conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 2º v. 8º ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74.

Repise-se que o enfoque da legislação mudou para priorizar a proteção da família e a pessoa dos filhos de forma igualitária em detrimento daquela proteção exacerbada ao casamento e filhos legítimos.

Neste mesmo prisma, as inovações também passaram a conceder proteção integral às crianças e isso se deve ao fato da dificuldade social da época, pela qual estas eram colocadas de lado e marginalizadas. O processo de integração social surgiu da observação do constituinte de 1988, que destinou elástico capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

Em 20 de novembro de 1989 foi instaurada a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente, que foi aprovada em assembleia geral, ocorrida em Nova Iorque e confirmada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99. Dessa feita, surgiu uma nova visão de responsabilidade e, na intenção de positivá-la, em 1990 foi editada a Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representou enorme avanço no reconhecimento dos direitos destas pessoas em fase de desenvolvimento.

Posteriormente à vigência deste Estatuto, o reconhecimento do estado de filiação passou a ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

É indubitoso que foi necessário unir esforços entre a família, a comunidade e o poder público, com o objetivo de efetivar os novos direitos prescritos pelo ECA. Atualmente, observa-se em comunidades pobres que há programas do governo que visam a propiciar às crianças e adolescentes cursos profissionalizantes, preparando-os para o futuro e dando-lhes uma oportunidade.

É importante trazer à tona a inovação contida na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio. A aludida lei concedeu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de investigação de paternidade, quando constar do registro civil apenas a filiação materna. E mais. Estas disposições representaram a viabilidade do direito de toda criança ter um pai e uma mãe e de incumbi-los da responsabilidade de criá-la.

Finalmente, a Lei nº 10.406/02, que instituiu o Novo Código Civil brasileiro, entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2002. Sua redação

inicial aprovada pela casa de origem foi profundamente alterada, desde sua apresentação até sua apreciação no Senado, que ocorreu aproximadamente 20 anos após e, dessa feita, temos um Código que apesar de novo, à época de sua vigência já estava desgastado, em razão de a sociedade se encontrar em constante mutação e os direitos que se diriam novos já haviam sido contemplados pela Constituição Federal, não representando grande avanço e sim, em alguns aspectos, um retrocesso.

A exemplo disso houve omissão do legislador ao deixar de incluir dispositivos que regulamentassem o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou até mesmo celebração não solene do casamento, tratando-o inexistente.

Igualmente o legislador deixou de mencionar na regulamentação a família monoparental e o respeito a esta, apesar das estatísticas mostrarem que vinte e seis por cento dos brasileiros vivem dessa forma.

Gisele Leite⁶ ressalta a mais importante das alterações como sendo aquela que diz respeito à isonomia conjugal, abarcando que pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes ou companheiros, sendo responsáveis pelos encargos da família, a saber, fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência e o sustento, guarda e educação dos filhos, com o adendo do respeito e consideração mútuos.

Por fim, malgrado tenhamos observado toda a evolução histórica das inúmeras transformações na família e propriamente nos seus direitos, boa parte deste progresso é fruto de sólida construção doutrinária e jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande marco na conquista de direitos da família e da filiação foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta foi reconhecida a união estável, como entidade familiar tutelada jurisdicionalmente e também restou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. A família incorporou o pensamento contemporâneo, igualdade

⁶ LEITE, Gisele. "O Novo Direito de Família". *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 112-20, ago-set. 2008.

e afeto, à luz dos princípios trazidos pela Carta Magna, sendo, cada vez mais, imposta ao jurista essa interpretação. Hoje se reconhece a validade da norma observando a sua conformidade com a evolução social e sobretudo com os preceitos constitucionais, o que exige uma revisão dos institutos que forma a espinha dorsal do Direito Civil: as obrigações, a propriedade e, sem dúvida, a família.

A nova roupagem do Direito de Família e por que não dizer do todo do Direito Civil transcorreram do livramento das amarras do liberalismo e da patrimonialização das relações sociais, permitindo que os interesses puramente individuais passassem a se submeter a outros valores.

Por tal forma, novas concepções acerca da família vêm surgindo no ordenamento pátrio, conceitos tais que se fundam sobre a personalidade humana, devendo a entidade familiar ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade do ser humano, no que toca a seus anseios e sentimentos, de modo a alcançar a felicidade plena. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**: Texto integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d], p. 31-7. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v. 2).

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 47.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 298.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 2º v. 8º ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74.

LEITE, Gisele. “O Novo Direito de Família.” **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 112-20, ago-set. 2008.

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS

LÚCIO DURANTE¹

O seminário foi composto por oito palestras, abordando aplicação, acertos, desacertos e novos rumos do Código Civil, e suas principais inovações e modificações na vida da sociedade civil, sendo abordados os seguintes temas:

- 1) Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil;
- 2) A Posse dos Imóveis como Instrumento de Garantias Fundamentais e as Limitações Ambientais;
- 3) Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais nas Relações Negociais e Reais Imobiliárias;
- 4) Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil-Constitucional;
- 5) O Código Civil e a Defesa do Consumidor;
- 6) Consequências do Inadimplemento das Obrigações;
- 7) A Responsabilidade Civil nos dez Anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência.

O seminário teve como objetivo analisar os acertos e desacertos da nova norma jurídica civil e fornecer aos participantes conhecimentos teóricos, práticos e jurisprudenciais sobre o Código Civil de 2002, o qual foi recebido pelos operadores do direito com muita desconfiança, principalmente por operar inúmeras modificações nos vários ramos do direito. Recepcionar e consolidar todas as evoluções ocorridas na legislação e na sociedade ao longo do século XX e no início do XXI. Passou a ser a constituição do cidadão comum, ao repaginar os valores e critérios da legalidade

¹ Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Campo Grande.

e eficácia dos princípios do individualismo do Estado Liberal, tendo como norma norteadora o Estado Social, consagrado pela Constituição Federal de 88. Deu substancial relevo às cláusulas abertas, permitindo ao juiz interagir com suas normas, para aplicá-las no caso concreto, levando em consideração as partes envolvidas e o direito controvertido submetido a sua apreciação, deixando de ser um mero aplicador da norma, como ocorria até a vigência do novo Código Civil, voltado para a realidade brasileira e que atenda às suas necessidades fundamentais.

O Código Civil de 2002, em suas inúmeras inovações, incorporou os princípios consagrados na Constituição Federal, como os direitos fundamentais elencados no art. 5º, a função social da propriedade e posse dos bens imóveis. Na responsabilidade civil, adotou como regra a responsabilidade objetiva em substituição à subjetiva, a qual ficou restrita a pouquíssimos casos; a boa-fé objetiva consolidou a teoria de empresa, unificando as obrigações civis e comerciais. No Direito de Família, instaurou a igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos, com a substituição do pátrio poder, pelo poder familiar; no Direito das Obrigações, além da exigência ética na celebração dos negócios jurídicos, impôs o imperativo da socialidade, passando a declarar a função social do contrato, como prevê o art. 421.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Na mesma linha, nos contratos de adesão, os arts. 422 e 423 preveem o seguinte:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Das inúmeras modificações introduzidas pelo Código Civil 2002, ao meu ver, as que mais impactaram a sociedade civil foram a relativização do conceito de propriedade até então absoluto em benefício do proprietário, passando a enfatizar o aspecto social, em inúmeros dispositivos, em que o possuidor passou a dispor de maior proteção em relação ao proprietário que não dá ao seu imóvel a função social ao qual ele se destina. No campo da responsabilidade civil, ao passar a adotar como regra a responsabilidade objetiva, em substituição à subjetiva, facilitou a perseguição pelo lesado dos danos experimentados ao não mais ter que comprovar a culpa do causador. No Direito Comercial, consolidou a doutrina da teoria da empresa, revitalizando tipos tradicionais de sociedades.

No aspecto social da propriedade imóvel, cabe destaque às regras dos §§ 1º e 4º do art. 1.228, que estabelecem, *in verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Nesse contexto, o proprietário que não dá a sua propriedade o destino social ao qual se destina, esta sujeito a tributação progressiva pelo Poder Público, ou a perda da propriedade, facilitando sua aquisição pelo possui-

dor, ao reduzir drasticamente os prazos de prescrição extintiva e aquisitiva, visando a restabelecer o seu interesse social, ou pela sua desapropriação por interesse social.

Igualmente no caso da posse, evoluiu o Código, que passou a observar, além das distinções de boa-fé e má-fé, a natureza social da posse da coisa, com a redução dos prazos de usucapião, de conformidade com o art. 1238, passando de 20 para 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de justo título ou boa-fé, sendo esse prazo reduzido para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo, como estabelece o art. 1238.

O art. 1.239 reduziu para cinco anos ininterruptos para o possuidor que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, adquira o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Bastando para tanto que não haja oposição nesse lapso de tempo.

E ainda, reportando-se à regra do art. 183 da Constituição Federal, a norma civil reproduziu a regra do usucapião urbano, no art. 1.240, mais uma vez ressaltando o aspecto social da propriedade, visando a facilitar a aquisição da propriedade pelo possuidor, em detrimento do proprietário que não dá ao bem a utilização social a qual se destina.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Nesse diapasão, pode-se ainda se extrair a referência das finalidades econômicas e sociais do exercício da propriedade, destacando a tutela da flora, do equilíbrio ecológico, da qualidade do ar, das águas. Pode-se dizer

que um conjunto de interesses sociais não patrimoniais, que ao mesmo tempo protegem e tutelam o direito e seu respectivo exercício, há um condicionamento nesse exercício ao chamado interesse social, os quais se sobrepõem ao direito de propriedade, em benefício da coletividade.

Na responsabilidade civil, na esteira da Constituição Federal, que estabeleceu no § 6º do art. 37 a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito público e prestadores de serviços públicos, e do Código de Defesa do Consumidor, que, em seus art. 12, 13, 14 e 17, igualmente passou a adotar como regra esta responsabilidade em substituição a subjetiva no parágrafo único do art. 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Com a adoção da responsabilidade objetiva pelo Código Civil, desvinculou-se o dever de reparação do dano da ideia de culpa, calcado no risco da atividade desenvolvida, permitindo que o lesado, ante a dificuldade da prova de culpa, a obtenção de meios para reparar os danos sofridos, compelindo o causador a ressarcir o prejuízo causado, independente de culpa, cuja responsabilidade é imposta pela lei.

Vale ressaltar, sobre a responsabilidade pelo serviço que oferece, as sábias palavras do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, em sua consagrada obra Programa de Responsabilidade Civil.

“... todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independente-

*mente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. **A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços.** O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. O consumidor não pode assumir os riscos da relação de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização.”*

Nesse contexto, a responsabilidade objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ou exercício de atividade que coloque em risco terceiros, conferido ao lesado, o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade, independentemente de culpa, bastando à vítima a prova do fato, seu resultado e o nexos causal, para surgir o dever de indenizar.

Ao disciplinar as regras do Direito Comercial, o Código Civil inovou ao rever tipos tradicionais de sociedades. Estabelecendo princípios e criando a sociedade simples, disciplinou cuidadosamente as sociedades de responsabilidade limitada, tratou das sociedades coligadas com regras próprias, regulou as liquidações, incorporação e fusão das empresas, deu destaque ao registro mercantil, com regras próprias, estabeleceu a noção de empresário e sociedade empresária, e muitas outras inovações sobre as relações comerciais e empresariais, que reduziram substancialmente os obstáculos interpretativos de suas regras, visando a dirimir e facilitar a sua compreensão pelos empresários e operadores do direito.

Concluindo, posso asseverar que o seminário, pela excelência e competência de seus palestrantes, me foi extremamente proveitoso, na exegese das inúmeras inovações do Código Civil de 2002, as quais, apesar de indi-

carem a adequada aplicação e extensão de seus dispositivos, em sua maioria, demonstram os acertos e evolução de suas regras. Ainda há muito que se evoluir na interpretação de todos os seus dispositivos, principalmente pela iniciativa do legislador ao contemplar em seu bojo inúmeras cláusulas abertas, para que os magistrados possam interpretá-las no caso concreto, levando-se em consideração as condições das partes, a natureza do vínculo, o local do fato, a boa-fé objetiva e a função social das obrigações controvertidas, que constitui o grande desafio dos operadores do Direito, visando a alcançar o real objetivo e significado das regras do Código Civil. Apesar de já estar em vigor há 10 anos, há muito que se aprender na difícil tarefa de interpretar o real objetivo de suas normas, visando a produzir as consequências mais justas, que estejam mais de acordo com os princípios axiológicos que inspiraram o novo ordenamento positivo. ♦

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS

LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado da participação no evento promovido entre os dias 29 e 30 de março, pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, tendo por tema “10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS”.

O evento compreendeu a realização de um conjunto de palestras, ao longo das quais foram colhidas brilhantes manifestações de renomados palestrantes, sendo ouvidas importantes autoridades e juristas, que debateram com a assistência sobre os mais diversos temas que foram objeto de discussão, assim ordenados: LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL, A POSSE DOS IMÓVEIS COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS LIMITAÇÕES AMBIENTAIS, APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NAS RELAÇÕES NEGOCIAS E REAIS IMOBILIÁRIAS, FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NA LEGALIDADE CIVIL-CONSTITUCIONAL, O CÓDIGO CIVIL E A DEFESA DO CONSUMIDOR, CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES, DAS EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA e, finalmente, A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DEZ ANOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL NA CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

¹ Juiz de Direito de Entrância Especial - Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital.

Assim, o presente trabalho contém uma modestíssima abordagem sobre um dos temas enfrentados, “famílias contemporâneas na legalidade civil-constitucional”, por envolver matéria sobre a qual o subscritor vem atuando na presidência do Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

Trata-se, pois, de relatório contendo apenas uma visão da matéria, sob a ótica do novo ordenamento e da doutrina que discorre sobre o tema, expondo algumas impressões reputadas de relevo sobre pontos que mereceram destaque, ao modesto juízo do subscritor, simples e despreziosas ponderações em torno da união homoafetiva e casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim distribuído: introdução, a união estável entre homem e mulher na disciplina da lei, a extensão dos efeitos da união estável sobre a união homoafetiva na visão do Supremo Tribunal Federal, o casamento entre homem e mulher na disciplina da lei, e o casamento entre pessoas do mesmo sexo na visão da doutrina e dos tribunais, e, finalmente, a conclusão.

DESENVOLVIMENTO

A União Estável entre o homem e a mulher na disciplina da lei.

Historicamente, no Brasil, a união entre o homem e a mulher, fora do casamento civil, passou por etapas bem definidas, desde o simples reconhecimento dos efeitos remuneratórios atribuídos à atividade doméstica exercida pela mulher, passando pelo reconhecimento da divisão de bens adquiridos mediante esforço comum durante a união do casal, dando ensejo à edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (*“comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”*), até atingir o atual estágio, no qual a própria Constituição Federal, no capítulo VII, ao cuidar da Família, reconheceu a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, determinando a facilitação da sua conversão em casamento pela Lei (art. 226, § 3º), garantindo-lhe a proteção do Estado, dando origem à Lei 9.278/96, que, após encará-la como entidade

familiar, conceituou a união estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de **um homem e uma mulher**, estabelecida com objetivo de constituição de família; previu os direitos e deveres dos conviventes, o regime dos bens adquiridos pelos mesmos na constância da união, inclusive a forma de sua administração e da dissolução da união, além da possibilidade da sua conversão em casamento.

A título de curiosidade, conforme nos informa José Afonso da Silva, em seu “Comentário Contextual À Constituição”, a expressão união estável veio do anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão Provisória denominada por Comissão “Afonso Arinos”, e foi criada pelo Padre Fernando Bastos D’Ávilla, da área mais progressista da Igreja Católica, quando se encontravam os seus integrantes no Plenário da Comissão, buscando uma forma de reconhecimento constitucional das uniões familiares de fato, de modo a distingui-la da expressão pejorativa conhecida como concubinato.

Mas a Lei 9.276/96 sucumbiria em pouquíssimo tempo, com a edição do novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor com a Lei 10.406, de 10.01.2002, após o período de *vacatio*, passando a matéria a ser disciplinada entre os artigos 1.723 a 1727.

A primeira disposição quase que repetiu o conceito contido no diploma revogado, mantendo, inclusive, a referência à união entre o homem e a mulher, sem a preocupação com seu aperfeiçoamento, na medida em que manteve a expressão “estabelecida com objetivo de constituição de família”, destoando da Constituição Federal, por assim dizer, na medida em que, para a Constituição, a configuração da união estável depende da mera situação de fato, independentemente da intenção dos conviventes.

O novo diploma legal prevê, então, os deveres dos companheiros, entre si e para com os filhos comuns, e o regime de bens, impedimentos à caracterização do instituto, além da possibilidade da conversão da união estável em casamento. Também a distinguiu do concubinato e nada mais.

Percorreram-se décadas durante as quais foram travadas grandes discussões no seio dos tribunais brasileiros e também na doutrina, proporcionando o amadurecimento das ideias, culminando pela normati-

zação do fenômeno social pelo legislador, sensibilizado pela realidade já consolidada no seio social, dando origem à regulação da união estável **entre o homem e a mulher**, fora do casamento civil.

Mera reprodução de antigo fenômeno sociojurídico, configurado pela positivação das condutas já arraigadas pela coletividade e percebidas pelo legislador.

No entanto, em recentíssima decisão, o Supremo Tribunal Federal, numa só penada, na relatoria do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário 477554 - Agr/MG., ao interpretar o ordenamento jurídico, sobretudo nos seus aspectos constitucionais, concluiu por estender à união homoafetiva, ou seja, união entre pessoas do mesmo sexo, os efeitos legais atribuídos à união estável constituída entre o homem e a mulher, entre pessoas de sexos opostos, portanto e, tendo em vista o caráter *erga omnes* conferido pela lei, perdeu sentido qualquer discussão em torno da licitude da denominada união homoafetiva, sendo certo que nenhuma referência expressa foi lançada sobre a licitude de casamento civil entre pessoas de mesmo sexo.

Com todas as vênias, não obstante o brilhantismo e a erudição do julgado, talvez tenha havido precipitação pela iniciativa, antecipando-se ao legislador e interrompendo o processo natural de evolução das ideias entre as diversas camadas sociais, sobre tema de intensa relevância e complexidade, gerando certa perplexidade.

Por sua vez, o casamento é instituto que se inclui entre os mais antigos institutos da história do Direito, e, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 dele cuidou apenas para determinar a gratuidade da sua celebração, bem como para admitir o efeito civil ao casamento religioso e a possibilidade da sua dissolução pelo divórcio no seu art. 226, destacando-se o correspondente parágrafo quinto, segundo o qual os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente **pelo homem e pela mulher**.

Já o Código Civil, sem a preocupação de conferir-lhe um conceito, regulou extensamente o casamento, em seu Livro IV, ao tratar “Do Direito de Família” a partir do art. 1.511, distribuindo o tema em onze capítulos, iniciando pelas disposições gerais, regulamentando especificamente, outrossim, a capacidade para o casamento, os impedimentos, as causas

suspensivas, o processo de habilitação para o casamento, a celebração do casamento, as provas do casamento, a invalidade do casamento, a eficácia do casamento, a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal e, finalmente, a proteção da pessoa dos filhos, destacando as disposições do art. 1.514, segundo as quais o casamento se realiza no momento em que **o homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Em recentíssima decisão proferida pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento por maioria de votos, foi autorizada a realização de casamento entre pessoas de mesmo sexo, como igualmente se manifestou o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão proferida pela 8ª Câmara Cível.

Em doutrina, são verificadas posições favoráveis e desfavoráveis, e entre os que, se posicionam contra o casamento de pessoas de mesmo sexo, vale citar Silvio Rodrigues, Orlando Gomes e Virgílio Sá Pereira, além de Arnaldo Rizzardo, Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra.

Na obra **Direito de Família**, Ed. Forense, p.55, 3ª Edição, o Professor Arnaldo Rizzardo, assim se pronuncia sobre o tema²:

“(...) tem relevância, neste momento, a diversidade de sexo, aspecto que vem preocupando alguns sociólogos, humanistas e psicólogos mais ávidos de novidades e sensacionalismos, mas sem maiores ressonâncias ou efeitos práticos. Mesmo que emasculada a pessoa de sexo masculino e passe a identificar-se por um caráter, hábitos, comportamento, impulso sexual e sensibilidade nitidamente femininos, jamais se retirará dela o ser androgenóico masculino. Se afiguráveis anomalias nos aspectos externos secundários, e acentuados ou implantados atributos e órgãos femininos por intervenção cirúrgica, isto não importa em introduzir no ser humano órgãos genitais internos, como útero e ovários. Daí conceber-se como impossível a união matrimonial de duas pessoas do mesmo sexo.”

² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 3ª Edição, Ed. Forense, 2005, p.55.

Já Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra, se posicionam favoravelmente à união homoafetiva, opondo-se, porém, ao casamento entre pessoas de mesmo sexo, sem prévia alteração legal.

Assim, em a obra “Comentários ao Novo Código Civil, da Ed. Forense, edição de 2005, se manifestaram nos seguintes termos, *verbis*: “(...) **A proteção legal às relações entre pessoas do mesmo sexo já começou a ser discutida, tendo contado com um projeto de lei, no Congresso, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que foi arquivado. Mas, à semelhança da lei francesa (PACS – *pacte civil de solidarité*), a proteção se daria no âmbito do direito obrigacional, não se lhes atribuindo natureza de entidade familiar, pois no direito francês, a maior parte dos autores consultados, fazendo menção a decisões dos tribunais, não reconhece o concubinato homossexual.** Assim, no direito brasileiro, a diversidade de sexos é elemento essencial, situando-se, pois, no plano da existência para configuração jurídica do casamento. No entanto, com isso, não se pretende desprestigiar ou recusar efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Apenas, no direito brasileiro, por enquanto, não se lhes reconhece o enquadramento jurídico como casamento. É importante esclarecer que nos países nórdicos, precursores na regulamentação de uniões homoafetivas, o tratamento legal não equivale a casamento, mas, sim, à atribuição de efeitos jurídicos semelhantes a essa modalidade de relacionamento. A Dinamarca foi o primeiro país a legislar sobre a matéria. Em 1930, os atos homossexuais foram descriminalizados e, em 1986, alguns direitos sucessórios passaram a ser reconhecidos. Em 07.06.1989, a Lei nº 372 autorizou o registro da parceria entre pessoas do mesmo sexo que, com

poucas exceções, confere-lhes os mesmos direitos do casamento dinamarquês, exigindo, porém, dois requisitos: um ou ambos terem residências permanente ou nacionalidade dinamarquesa. A Noruega, pela Lei nº 40, de 30.04.1993, disciplinou o *Registro de Parceria de Casais Homossexuais*, conferindo aos parceiros, à semelhança dos casados, cotitularidade do direito de propriedade dos bens adquiridos durante a vida em comum. A Suécia, em 1994, promulgou lei permitindo o registro de parceria entre pessoas do mesmo sexo, que pode ser formalizado na Prefeitura ou Câmara Municipal. Na Finlândia, embora tenha sido apresentado um projeto em 1996, houve rejeição pelo Parlamento. Já nos Estados Unidos, merecem referência a lei do Estado de Vermont, de abril de 2000, por reconhecer, expressamente, caráter familiar às uniões civis, e São Francisco que está autorizando registros das parcerias homossexuais. A Alemanha, em 2001, promulgou lei regulamentando as parcerias homossexuais e permitindo seu registro. Finalmente, em uma abordagem mais liberal, deve ser lembrada a Holanda e seu *Act on the Opening up of Marriage*, que especificamente estende aos relacionamentos homoafetivos a possibilidade de casamento. No Brasil, à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não se pode recusar, a priori, às uniões homoafetivas, a possibilidade de enquadramento jurídico como entidades familiares, mediante construção civil-constitucional própria. Entretanto, o enquadramento jurídico dessas uniões, como casamento, ainda não é possível, pois dependeria de uma reforma constitucional e subsequente regulamentação”. (grifo nosso)³

³ - COLTRO, Antonio Carlos Mathias, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Comentários ao Novo Código Civil*, 2ª Edição, Ed. Forense, 2005, p. 215/217.

Conforme se pode verificar pela manifestação supra, ainda que em prestígio dos princípios da igualdade e da dignidade humanas, sob a visão da referida doutrina, não seria jurídico, segundo a atual ordem jurídica, o reconhecimento da licitude do casamento entre pessoas de mesmo sexo.

CONCLUSÃO

Entre acertos e desacertos na aplicação do novel ordenamento jurídico, de ver-se que ambas as questões, que envolvem as uniões entre pessoas de mesmo sexo, revelam-se de altíssima complexidade e, independentemente da posição adotada, creio que mais adequado seria agir como fizeram alguns países, como a Inglaterra e a Argentina, promovendo alterações em seus ordenamentos, revelando-se precipitada e arriscada a iniciativa de setores importantes do Poder Judiciário. Arriscada pela possibilidade de traduzir-se em insegurança, instabilidade jurídica e, precipitada, por imiscuir-se em função que não lhe é própria.

Em última análise, aguardar a iniciativa legislativa seria, talvez, a atitude prudente, principalmente em virtude da indispensabilidade e resguardo da repartição dos Poderes de Estado, sob a qual ao Poder Legislativo é atribuída com independência a função de legislar, único ao qual o povo, em cujo nome o poder é exercido, delegou a tarefa de criação das normas jurídicas, dotando-o de capacidade de representar a vontade popular, como se verifica na expressão de Montesquieu, *verbis*: “*Pois que em um Estado livre todo homem que se reconhece uma alma livre deve ser governado por si mesmo, necessitaria que o povo em corpo possuísse o poder legislativo; mas assim como isso é impossível nos grandes Estados e é sujeito a muita desordem nos pequenos, ocorre que o povo faça por meio dos seus representantes tudo aquilo que não pode fazer por si próprio.* (Do Espírito das Leis, Livro XI, VI). ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1- Constituição da República Federativa do Brasil de 1998;
- 2- RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;
- 3- COLTRO, Antonio Carlos Mathias, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **Comentários ao Novo Código Civil**, 2ª Edição, Ed. Forense, 2005;
- 4- AMORIM, José Roberto Neves Amorim e outros, Coordenador, PELUZO, Ministro Cezar, **Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência**, 2ª Edição. São Paulo: Editora Manole Ltda., 2007;
- 5- Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002;
- 6- WALD, Arnaldo, **O novo Direito de Família**, 15º Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2004;
- 7- LOUREIRO, Luiz Guilherme, **Registros Públicos - Teoria e Prática**, 2ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2011.

FILHOS – EVOLUÇÃO ATÉ A PLENA IGUALDADE JURÍDICA

MAFALDA LUCCHESI¹

O Direito Civil Constitucional importa uma interpretação simbólica em que estes dois ramos se integram em benefício do Estado e da população. Disso resulta uma metodologia de interpretação dessa nova composição jurídica que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição e, por vezes, também os mecanismos constitucionais a partir da legislação infraconstitucional, o que permite o revigoramento das instituições de Direito Civil. O Direito de Família é um dos ramos em que mais se percebe a constitucionalização do Direito Civil, exigindo toda e qualquer norma inerente ao Direito de Família a presença de fundamento de validade constitucional.

Conforme prelecionam os Professores Cristiano Alves de Farias e Nelson Rosenvald, em **Direito Civil – Teoria Geral**, 6ª. Edição, Editora Lumen Juris, p. 25:

*“A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil Constitucional (ou **Direito Civil constitucionalizado**)”.*

O Direito Civil afastou-se da concepção individualista, que reconhecia a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, tendo a legislação privada claro aspecto patrimonialista, tradicional e conservador da época das codificações do século passado, e, desta forma, se constitucionalizou.

¹ Juíza de Direito da 1ª. Vara de Família de Duque de Caxias.

Três são os princípios básicos do Direito Civil Constitucional, consoante lições do Prof.^{or}. Gustavo Tepedino, citado pelo também Prof.^{or}. Flávio Tartuce, *in Manual de Direito Civil*, volume único, 2ª Ed., Editora Método, p. 56/57:

1) aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna). Valoriza-se a pessoa humana em detrimento do patrimônio;

2) a solidariedade social (art. 3º, I, da Constituição Federal);

3) o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu* (art. 5º, *caput*, da C.F.).

Assim, na questão referente à igualdade dos filhos, passa-se da necessidade de preservação do núcleo familiar (na realidade, preservação do patrimônio), com expressões de discriminação (filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, estes últimos divididos em naturais ou espúrios, sendo que os espúrios se subdividiam em incestuosos e adulterinos), para a aplicação plena dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e a proibição de tratamento discriminatório quanto à filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal).

O Direito antigo era essencialmente severo e conservador quanto à necessidade da preservação do núcleo familiar, prevalecendo os interesses da instituição do matrimônio em detrimento dos filhos, colocando estes numa situação marginalizada, se nascidos fora do casamento; a única filiação que a lei tomava conhecimento real era a ocorrida no seio do casamento. Puniam-se os frutos dos relacionamentos havidos por pessoas não ligadas pelo matrimônio, por adúlteros (na época era considerado crime) ou em relações incestuosas. Em decorrência da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação, puniam-se aqueles que culpa alguma tinham de terem sido gerados fora das normas legais e dos princípios morais vigentes na época.

Os filhos eram classificados como: legítimos - os gerados dentro do casamento; legitimados - eram os filhos naturais que, apenas em situações específicas, poderiam ser reconhecidos pelo próprio pai ou mãe (o filho jamais poderia reivindicar em juízo seu estado de filiação); ilegítimos ou naturais - nascem de pessoas não ligadas pelo matrimônio.

Os filhos ilegítimos ainda se dividiam em naturais e espúrios. Os naturais eram os nascidos fora do matrimônio, resultantes da união de duas pessoas que não se casaram, mas poderiam fazê-lo, porquanto inexistente qualquer impedimento para tal. Os espúrios, por sua vez, eram os que decorriam da união de duas pessoas impedidas para o matrimônio.

Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos (fruto do relacionamento entre duas pessoas para as quais há impedimento legal para o casamento, decorrente de vínculo de parentesco) e, os adúlterinos (resultantes da união entre duas pessoas, sendo uma ou ambas legalmente casadas com terceira pessoa). Estes filhos incestuosos ou adúlterinos não poderiam ser reconhecidos. O Código Civil de 1916, em seu art. 358, expressamente vedava o reconhecimento, dispondo:

“Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos”.

Esta proibição prejudicava os filhos incestuosos e adúlterinos e não seus genitores. Conforme Clóvis Beviláqua: a falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos. Ou num ditado italiano que diz: **“L'albero pecca e il ramo riceve”** (a árvore pecca e o ramo paga). Tal proibição beneficiava os genitores e prejudicava o filho. Era como se o fruto da relação proibida por lei não existisse, era ignorado, e o pai beneficiado não tinha o ônus do poder familiar. Os direitos daquele que não tinha qualquer culpa por nascer de tais relações vedadas por lei eram excluídos, violando os hoje consagrados princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da plena igualdade entre os filhos.

Fato curioso é que a investigação de paternidade ou de maternidade teve sua origem no Direito Canônico, conforme ensinamentos do doutrinador San Tiago Dantas (**Direitos de Família e das Sucessões**, 2ª Ed., Editora Forense, p. 368):

“...É uma inovação do Direito Canônico que se deve à influência do cristianismo e pode se dizer que, até mesmo no Direito Romano, só apareceu o instituto depois que a influência dos costumes cristãos se fazia sentir sobre a elaboração legislativa. É verdade

que no Direito Canônico não se falava em investigação de paternidade, para o fim de se conferir o estado de filho ilegítimo. O que preocupava o canonista era o problema alimentar. Estes filhos ilegítimos cujos pais ou mães não se conhecem têm o problema de sua sustentação completamente dependente do aparecimento de seus genitores. Na Idade Média, isto ainda se sentia mais fortemente do que hoje, e a Igreja, que lança a obrigação alimentar como uma das obrigações fundamentais do homem, criada pelo Direito Natural, não hesitou permitir-se a investigação de paternidade, para descobrir quem era o obrigado à alimentação. A Igreja, neste particular, é tão liberal que seu Direito Canônico não hesita em conferir ação de investigação de paternidade com fim alimentar, até mesmo aos espúrios e aos sacrílegos, e é conhecida a disposição canônica que para os filhos dos clérigos manda que as paróquias façam uma prestação alimentar, de tal modo a prestação alimentar é uma imposição do direito natural, uma decorrência da natureza humana”.

A legislação portuguesa, em suas Ordenações, era mais evoluída que o regime instituído posteriormente pelo Código de Napoleão. Entretanto, fazia distinção entre a família aristocrática e a plebeia. Enquanto para os nobres a família é cuidadosamente defendida pelo Estado, em relação aos plebeus, a família não é tão importante, fazendo-se mais concessões aos direitos dos indivíduos. Nas sucessões, havia igualdade entre os filhos naturais e legítimos para os plebeus, entretanto, entre os nobres, só os filhos legítimos herdavam, porquanto vigorava o costume extremamente protetor da hereditariedade da família.

Em 02-09-1847, a Lei nº 463 suprimiu as diferenças existentes nas Ordenações, sendo equiparados os filhos dos nobres aos dos plebeus; no entanto, a redação era confusa, não se sabendo se o que vigorava era o direito dos nobres, mais conservador ou, se dos plebeus, mais liberal.

O Decreto nº 181, de 1890, admitiu a investigação de paternidade, porém apenas para casos determinados e só tratando do assunto a propósito dos impedimentos matrimoniais, não se estendendo à postulação de estado de filho legítimo.

Como já exposto supra, o Código Civil de 1916, em seu art. 358, proibia o reconhecimento de filhos adulterinos, bem como a respectiva investigação de paternidade.

Posteriormente, a Lei nº 883, de 1949, passou a permitir o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, se dissolvida a sociedade conjugal (art. 1º), permitindo, ainda, ao filho ilegítimo pleitear alimentos em segredo de justiça (art. 4º).

A lei 6.515, de 26-12-1977, acrescentou à Lei 883 o parágrafo único, que foi transformado em § 1º pela Lei 7.250, de 14-11-1984, sendo que esta última também acrescentou o § 2º, dispondo:

“§ 1º. Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

§ 2º. Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”.

A Lei 6.515/77 também introduziu o art. 2º à Lei 883, passando o direito à herança a ser reconhecido, em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação.

Assim, com fundamento no art. 4º da Lei 883/49, ingressava-se com pedido de alimentos, em que a paternidade era reconhecida incidentalmente; entretanto, reconhecia-se apenas a obrigação alimentar, mas não o direito de incluir-se a filiação, continuando o filho sem o nome do pai.

Em vigor desde 05-10-1988, a nova Constituição Federal inscreveu entre os princípios básicos relativos à família e à criança um mandamento segundo o qual os filhos havidos ou não de relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º). O atual Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002), em seu artigo 1.596, com idêntica redação, consagrou o princípio da igualdade entre os filhos, sendo este um dos princípios do Direito Civil Constitucional.

Isto significa que não podem subsistir as restrições ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, que eram consagradas no direito anterior, bem como que está superada a discriminação que constava no art. 332 do Código Civil de 1916, cuja redação era a seguinte:

“Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”.

O artigo acima já havia sido revogado pela Lei 8.560, de 1992.

A respeito já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião dos julgamentos dos Recursos Especiais n.ºs. 6.821 e 16.827, ambos do relato do eminente Ministro Nilson Naves, publicados do Diário de Justiça nos dias 03-06-91 e 30-11-92, às páginas 74.224 e 22.609, respectivamente, em cujas ementas se lê:

“Filho adulterino. Registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento, ainda vigente o art. 358 do Código Civil. É válido, mesmo assim, o registro, somente produzindo efeitos após a morte do declarante, já ocorrida quando da propositura da ação.”

“Filho adulterino. Reconhecimento pelo pai na constância do casamento em testemunho público. É válido o ato, uma vez dissolvida a sociedade conjugal com a morte do testador...”

E, ainda, conforme art. 1.º, IV, da Lei n.º 8.560, de 29-12-92, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento passou a ser irrevogável, podendo ser feito por manifestação expressa e direta perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Ressalte-se que a doutrina tem sido praticamente unânime, com Roubier e Serpa Lopes, no sentido de que todas aquelas leis que se referem ao estado das pessoas, principalmente, às relações de família, têm aplicação imediata e geral.

Cumprido ressaltar que os filhos adulterinos reconhecidos ou declarados por sentença nos autos de ação interposta com fundamento no art. 4.º da Lei n.º 883, anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, não necessitam propor ação de investigação de paternidade. Há acórdão

neste sentido publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol 10, 1992, p. 196:

“Reconhecimento de filho adulterino. Tornado regular pelo advento da nova Constituição Federal e da Lei 7.841/89, convalida o registro, dispensando a propositura de ação de investigação de paternidade”.

Na hipótese acima transcrita, o Relator Desembargador Hermano Duncan Ferreira Pinto manifesta-se no seguinte sentido:

“Não vemos sentido prático no pretender do investigante, se sua paternidade, embora não pudesse ser reconhecida na época, e, pela forma com que o foi, persiste, certa e definida por força do convalidamento do ato, sem valia no início, mas que, por força de legislação posterior, tornou-se válido nos seus efeitos”.

Outro princípio constitucional que também veda a discriminação é o da dignidade da pessoa humana, que conforme Ingo Wolfgang Sarlet, citado pelos Professores Cristiano Alves de Farias e Nelson Rosendal, em **Direito Civil – Teoria Geral**, 6ª. Edição, Editora Lumen Juris, p. 100:

“...estabelece que dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

E prosseguem os Doutrinadores:

“Dignidade da pessoa humana, nessa ordem de ideias, expressa uma gama de valores humanizadores e civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares”.

A situação para os filhos que não podiam ter o nome de um dos genitores nos respectivos registros de nascimento era por demais vexatória, constando a expressão “omitido na forma da lei” quando um dos genitores era casado com 3ª pessoa.

Hoje não mais existem discriminações entre os filhos e, ainda, nas ações de investigação de paternidade, aquele que se recusa a se submeter ao exame de D.N.A. faz com que se presuma a filiação que lhe é imputada, conforme Lei nº 12.004, de 2009, que introduziu o art. 2º-A e seu parágrafo único à Lei 8.560/92, que passou a dispor:

“Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

A mesma lei acima referida revogou, em seu art. 3º, a Lei nº 883.

Assim, atualmente, toda criança tem direito à filiação completa e sem discriminação. ♦

BIBLIOGRAFIA

DANTAS, San Tiago, **Direitos de Família e das Sucessões**, 2ª Edição, Editora Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de e NELSON Rosendal, **Direito Civil, Teoria Geral**, 6ª Edição, Editora Lumen Juris, 2007.

TARTUCE, Flávio, **Manual de Direito Civil**, 2ª Edição, Editora Método, 2012.

PROTEÇÃO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

VISÃO DO DIREITO CIVIL SOB PRISMA DE INFLUÊNCIA CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIOS

MAGNO ALVES DE ASSUNÇÃO ¹

Contrato, em uma visão simplificada, deve ser entendido como o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, envolvendo necessariamente pelo menos duas pessoas, cujo fito é o de criar, modificar, resguardar, transferir ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial, conceito acolhido pela maioria da doutrina.

A concepção clássica do contrato nasceu com o liberalismo econômico em contraposição às limitações oriundas do direito canônico e do corporativismo. Surge a ideia de liberdade contratual como um dos corolários básicos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Ao desejar as partes unirem-se por vínculo contratual, o acordo seria tido como lei entre elas (princípio da *pacta sunt servanda*), não podendo, sequer, o Poder Judiciário interferir em seu conteúdo (intangibilidade). Tinha, então, como resultado fundamental, o absoluto respeito pela liberdade e pela igualdade formal.

Com o advento da Revolução Francesa, derruba-se a vigência de um Estado absolutista, consubstanciado no *status* em que o valor do indivíduo na sociedade era representado não pelos seus atributos pessoais, mas sim pela posição social que ocupava.

Na verdade, as premissas em que se calcava o Estado Liberal constavam tão somente a ideologia vigente à época que, aos poucos, observou-se equivocada.

¹ Juiz de Direito Titular da 28ª Vara Cível da Comarca da Capital.

Com a influência da Revolução Industrial e dos abusos cometidos pelos particulares, incentivado pelo advento das doutrinas socialistas, o Estado obrigou-se a intervir na economia. Tal intervenção acabou por atingir os contratos.

Assim é que o intervencionismo estatal alterou em muito a concepção clássica contratual derivada do liberalismo econômico. No direito brasileiro, sem prejuízo da doutrina anterior, o próprio Código de Defesa do Consumidor muito contribuiu para esta alteração, e, agora, mais ainda, podemos afirmar que o Novo Código Civil Brasileiro, Lei-nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003, veio reforçar em definitivo a alteração da concepção clássica contratual, embora não seja o Novo Código Civil um código de rupturas, apesar de inovar e atualizar alguns pontos regulados no Código Civil de 1916. Ressalta-se que, no sensível campo dos contratos, promoverá a purificação ética, na medida em que os coloca a serviço da sociedade, e não apenas dos contratantes, rompendo-se, assim, o individualismo liberal, característico do século XIX, que tanto influenciou o vigente Código Civil. O tema é vasto e altamente interessante. A doutrina tem-se interessado pelo assunto, havendo diversas obras de qualidade e que merecem destaque.

Surge assim um Estado Social em que o interesse coletivo passa a preponderar e, posteriormente, após a releitura do direito privado em face da nova ordem constitucional, passa a haver uma maior preocupação com o ser humano e sua dignidade social. Conclui-se que o suporte fático do contrato se torna mais complexo, cheio de elementos necessários à sua complementação, chegando mesmo a permitir a substituição da vontade pela conduta do particular, sendo indiferente se é voluntária ou não.

Os princípios fundamentais do contrato não conseguem ter mais uma aplicação generalizada. O Estado Social desconsidera noções como consentimento, intangibilidade do contrato, força obrigatória do contrato. O esquema contratual clássico que se configura na oferta e na aceitação também não se aplica na maioria das novas categorias contratuais.

Por outro lado, a liberdade contratual nascida do princípio da autonomia da vontade é tida, modernamente, mais como uma ficção do que propriamente como uma realidade incontestável. Em face das colocações acima

expostas, observa-se que “operou a distinção entre liberdade para contratar e liberdade contratual. A primeira diz respeito à faculdade que assiste a cada um de decidir vincular-se juridicamente. De outra sorte, a segunda refere-se à possibilidade de negociar livremente as cláusulas contratuais”.

Percebe-se que as modificações na concepção liberal decorreram da necessidade de que a autonomia da vontade não fosse utilizada como forma disfarçada de consagrar o poder do forte sobre o fraco, possibilitando preservar a igualdade das partes, bem como o real querer delas, função inafastável do Estado legislador, considerando que “o interesse fundamental da questão da função social está no despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, devendo cessar quando conduzir à iniqüidade, atentatória a valores de justiça, que igualmente têm peso social.

A Constituição Federal do Brasil, seguindo a cosmovisão mundial contemporânea, pôs em relevo os direitos fundamentais da pessoa humana, de maneira a lhe garantir, essencialmente, a dignidade e a igualdade.

Desta preocupação decorre a conclusão de que a lei fundamental não se limitou a regular somente a Organização do Estado. Ela também regulamentou direitos da personalidade, da propriedade, da família, questões de direito privado. Em razão da previsão constitucional sobre estas questões, houve necessidade de revisão do Código Civil como enfocado por inúmeros doutrinadores já citados, destacando PIETRO PERLINGIERI que afirma que “o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto Constitucional”.

Verificamos que o Código Civil deve ser relido à luz da Constituição Federal por representar a mais alta manifestação da soberania popular, em que os direitos fundamentais constitucionalmente previstos têm grande influência no direito privado e aplicação imediata. Dentro dessa abordagem, observamos que os direitos fundamentais da igualdade e da dignidade foram concebidos para assegurar a liberdade jurídica da pessoa frente à prepotência do Estado ou de grupos econômicos poderosos. Os direitos fundamentais

são o instrumento jurídico através do qual se mantém a distinção entre Estado e sociedade, bem como se garante a autonomia privada.

Devemos destacar a importância dos princípios da liberdade e da igualdade, procurando encontrar o equilíbrio de modo a garantir aos cidadãos um tratamento isonômico nas relações privadas, respeitando a igual dignidade social e igual liberdade para todos, de modo que o contrato seja utilizado na sociedade e visto pela sua “função social”. Daí a necessidade do conceito e das características da Função Social. A função social, *lato sensu*, consiste na proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos pobres e aos desamparados, “mediante adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas”. É a aplicação do princípio da igualdade substancial.

O Estado, nas sociedades contemporâneas, tem o dever de zelar pela liberdade e pela igualdade dos indivíduos. Deve haver uma “real e substancial liberdade e uma verdadeira igualdade, através da eliminação da miséria, da ignorância, da excessiva desigualdade entre os indivíduos, classes e regiões”.

O conceito de função social do contrato, neste sentido, corresponde à finalidade pela qual visa o ordenamento jurídico a conferir aos contratantes medidas ou mecanismos jurídicos capazes de coibir qualquer desigualdade dentro da relação contratual. Não significa limitar a liberdade contratual; garante-se a liberdade de contratar, preservando, legalmente, valores fundamentais ligados à dignidade humana. Assim como a propriedade é vista como um “direito-função”, no sentido de ser garantida a propriedade natural, condicionado o seu exercício ao fim coletivo, também o contrato deve perquirir este sentido: o bem-estar social.

A função social do contrato repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social. Fala-se na transformação da moral individualista em moral social, dos códigos de puros direitos privados em códigos de direito privado social.

Partindo-se da noção de função social, é evidente que o Estado deve criar mecanismos de defesa que possam impedir que o mais fraco seja espoliado pelo mais forte. Nesse sentido o Novo Código Civil Brasileiro,

Lei-nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003, deu um grande avanço jurídico, ao estabelecer no artigo 421 que “:A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A previsão expressa e a aplicação concreta da teoria da imprevisão também revelam a ideia do fim social do contrato. A onerosidade excessiva, ou a lesão enorme, não esperada, não desejada, traz uma intranquilidade social muito grande, notadamente nos contratos de massa ou de adesão.

Todas as hipóteses legais ditadas pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que, se previstas num contrato levam à sua nulidade, revelam algumas das situações em que o contrato deixa de atingir sua finalidade social. Justamente por não atingir sua função social nessas hipóteses, o contrato é nulo de pleno direito, e não pode ter validade, pois fere o princípio da igualdade substancial.

Verifica-se um trabalho constante de abrandamento da relação contratual pela aplicação das teorias humanizadoras do direito, como as cláusulas protetivas, a imprevisão e a lesão. Os princípios contratuais tradicionais, de cunho individualista e severo, sofrem restrições, sempre em proveito da justiça contratual.

Aproveitamos a oportunidade para analisar a posição acolhida pelo novo Código Civil, especialmente, no que pertine ao Negócio Jurídico, salientando que recepcionou a teoria objetiva do direito alemão, fruto do trabalho dos pandectistas, seguindo os passos de entendimentos doutrinários já enfeixados sobre o tema, o aludido Código substituiu a expressão “ato jurídico”, que sobreviveu nesses longos anos no Código Civil em vigor, por “negócio jurídico”, referindo-se aos contratos e estabelecendo requisitos essenciais para a sua celebração, apontando, ao mesmo tempo, defeitos e causas de invalidade. E, ainda nesse rumo, em visão antecipada, acena para a existência de “atos jurídicos lícitos”, não concebidos como “negócios jurídicos”, mas sob a aplicação subsidiária das mesmas regras.

Quanto aos chamados “atos ilícitos”, supera os limites da reparação do dano, prevista no art. 159, do Código Civil vigente até 10 de ja-

neiro de 2003, cuja verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulavam-se pelo disposto em os arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553, daquele diploma legal. Assim, o Código Civil aprovado em 10 de janeiro de 2002 e vigente a partir de 11 de janeiro de 2003, inova para fixar definitivamente que a indenização cabe no caso do **dano moral puro ou dano exclusivamente moral**. E, mais adiante, admite a responsabilização pelo “**abuso de direito**” na prática de ato ilícito do titular do direito que excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Destarte, orientando-se em igual linha normativa, responsabiliza os sócios pelas obrigações decorrentes de atos abusivos em nome da sociedade, cuja matéria já vinha sendo aplicada pela jurisprudência e em plena vigência no Código de Defesa do Consumidor (art. 28, Lei-nº 8.078/90). Nesse caso, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando ocorrer desvio de finalidade, confusão patrimonial, ou seja, a famigerada má administração, decidindo que os efeitos de certas obrigações se estendam aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, após a devida apuração de responsabilidades visando-se à reparação dos danos causados ao patrimônio dessas entidades jurídicas, como bastante divulgado pelos recentes escândalos financeiros.

Face à entrada em vigor no novo Código Civil Lei 10.406/2002, conveniente comentar quanto às alterações introduzidas no campo dos Direitos Reais: é de se reconhecer que o discutido Código rebuscou do trabalho de Orlando Gomes o chamado “**direito de superfície**”, para estabelecer na parte respectiva que o proprietário pode conceder a outrem, para construir ou plantar, a título gratuito ou oneroso, somente a superfície de sua propriedade. Mas, como sói acontecer em face de atos jurídicos dessa natureza, exige-se escritura pública (Lei-nº 6.015/73) contendo, além das cláusulas gerais de direitos e deveres das partes, a permissão para efetuar transferência a terceiro e transmissão do produto desse trabalho a herdeiros. Ainda sobre o “**direito de superfície**” impõe o Código aprovado a previsão de que, na hipótese de venda do imóvel, o superficiário

terá direito de preferência na sua compra e, da mesma forma, no caso de alienação da construção ou da plantação, o superficiário dará preferência ao proprietário para a sua aquisição.

Anote-se, em idêntico conteúdo, que esse Código absorve em seu texto várias normas da Lei-nº 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, tratando do chamado “condomínio horizontal” sobre questões não previstas no atual Código Civil, principalmente da redução da multa por atraso no pagamento das taxas e penalidade ao condômino ou possuidor que, por reiterado comportamento antissocial, provoque um clima de incompatibilidade de convivência junto aos demais comunheiros. Neste último caso, o infrator poderá ser punido com multa correspondente ao décuplo das suas contribuições até ulterior deliberação da assembleia. Aqui, ou o condômino muda de comportamento ou muda de prédio.

A par desses elementos, soma-se o novo posicionamento adotado no novo Código Civil, na verdade já nos seus 10 anos de vigência, que pontifica em relação à “enfiteuse” (art. 678, C.C.), forma superada de constituição de direito real sobre coisa alheia, pois relegada para o capítulo das disposições transitórias. Logo, surge daí a proibição da cobrança da taxa de transferência do contrato, denominada de “laudêmio” e, no contexto em foco, será vedada a “subenfiteuse”, como meio de desestimular o contrato de enfiteuse.

Relevante analisar a questão relativa quanto às limitações dos contratos no que pertine a regulamentação contida no atual Código Civil, confortando-nos toda a evidência de que o Código aprovado admite como certa a liberdade de contratar, porém condiciona a sua prática pela “razão e nos limites da função social do contrato”, submetendo os contraentes aos princípios de probidade e de boa-fé. Quanto à antiga norma “pacta sunt servanda” (princípio que prescreve a obrigatoriedade dos pactos, os quais devem ser considerados lei para as partes), esta é substituída por um princípio mais moderno e justo, compatível com a dinâmica do Direito, conhecido por “rebus sic standibus” (o contrato se cumpre se as coisas se conservarem da mesma maneira, no estado preexistente, quando de sua estipulação, desde

que essas coisas não tenham sofrido modificações essenciais, que designa a cláusula tida como um pressuposto contratual, resultante da teoria da imprevisão, para evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes e obrigando a outra à restituição do montante auferido indevidamente.

É óbvio que o atual Código Civil buscou na Teoria da Imprevisão o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fundado na ideia moral de que o credor comete uma suprema injustiça quando usa de seu direito com absoluto rigor pretendendo enriquecer-se à custa de seu devedor, seguindo a opinião do civilista francês Georges Ripert (1880/1959), considerado o maior defensor do controle do direito pela moral, pois este entendia inexistir diferença de domínio, de conteúdo, de natureza ou de finalidade entre o direito e a moral, mas só diferença de forma.

Importante comentar a matéria pertinente à Sucessão Hereditária no atual Código Civil, em que na ordem de vocação hereditária—tomando-se, ainda, o disposto no Código Civil de 1916/1917 – observa-se que se deferia a sucessão legítima em terceiro lugar ao cônjuge sobrevivente, conforme o previsto no art. 1.603, inciso III (daquele Código), isto é, o cônjuge era o terceiro a ser chamado na linha da vocação hereditária. Vale dizer que, somente à falta de descendentes, é que se poderia receber herança se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal (art. 1.611).

Do que conta o Código julgado bom, o cônjuge supérstite passa a concorrer de igual para igual com os descendentes do de cujus, a não ser que já apresente direito à meação, consoante o regime de bens adotado no casamento e, faltando os descendentes, concorre com os ascendentes. **Note-se que o cônjuge, além de meeiro, será** posicionado, também, como **herdeiro necessário**, ao lado dos descendentes e dos ascendentes do falecido, salvo nos casos devidamente comprovados de indignidade ou de deserção. É bom lembrar que o mesmo ocorrerá, por força da Lei-nº 8.971/94, com o “companheiro” ou “companheira” sobrevivente de união estável.

Cumprе realçar, finalmente, que o comentado Código Civil torna mais simples a elaboração dos testamentos, quando reduz o número de

testemunhas para duas, nas formas públicas e cerrada, e três, na forma particular, este com sua criação bem mais fácil, podendo ser datilografado ou digitado pelo testador e, admitida a sua elaboração sem a presença de testemunhas, desde que confirmado todo o seu texto em juízo e, enfim, acrescenta o testamento especial “aeronáutico”.

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS MODERNOS

Doutrinariamente, levando-se em consideração o papel social do contrato, costumava-se genericamente classificar os princípios contratuais em obrigatoriedade da convenção, autonomia da vontade, relatividade dos efeitos, boa-fé e consensualismo.

Atualmente, afirma-se que dentro da ideia de autonomia da vontade enquadram-se a liberdade de contratar, o consensualismo e a relatividade dos efeitos, chamados de subprincípios. A obrigatoriedade da convenção deixa de ser considerada como princípio em si mesmo, mas em justificativa para a importância da boa-fé nas relações negociais, porém, a obrigação de cumprir o contrato continua associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, sendo mais importante do que este, do ponto de vista social, a necessidade de assegurar a observância de certos compromissos, ligada à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé.

Além disso, nasce um novo princípio, ou seja, **o da justiça contratual**. Justifica-se a ideia de princípio contratual mais moderno decorrente da necessidade de equidade contratual, ou seja, de equivalência das obrigações assumidas, em que “justiça contratual será uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a ideia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual”. Ressalte-se que o princípio da justiça contratual não diz respeito tão somente ao equilíbrio contratual no sentido estrito da expressão, mas visa a uma melhor distribuição dos ônus e riscos pactuados para as partes celebrantes.

Acrescente-se aos princípios contratuais genéricos retrorreferidos, aplicáveis a todas as figuras convencionais, ou seja, a autonomia privada, a boa-fé e a justiça contratual, aqueles destacáveis em uma relação contratual de consumo.

Deste modo, são princípios próprios desta espécie de relação a transparência, a equidade – equilíbrio contratual e a confiança. Aliado a estes presente também está o princípio da boa-fé.

O princípio da transparência, segundo Cláudia Lima Marques, “significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, ou seja, na fase negocial dos contratos de consumo”, bem assim na fase negocial de qualquer contrato.

Este princípio tem seu ponto de enfoque básico no momento da formação do contrato e tem sua relevância, especificamente, na ideia de eficácia do termo contratual. Tal dever de informação das características e condições do contrato a ser firmado resta evidente na redação do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor que expressamente prevê que “no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II – montante dos juros de mora e taxa efetiva anual de juros;
- III – acréscimos igualmente previstos;
- IV – número e periodicidade das prestações;
- V – soma total a pagar, com e sem financiamento (...).”

Esta ideia de transparência está presente na nova redação de oferta (art. 30 do CDC); no dever de informar sobre as condições e características do produto (art. 31 do CDC); no dever de explicar o conteúdo do contrato (art. 46 do CDC); bem como na necessidade de que a redação dos pactos seja clara e precisa.

O equilíbrio contratual visa a aplicar na prática a ideia de igualdade substancial, a fim de impedir abusos e vantagens indevidas do fornecedor em relação ao consumidor. Ademais, conforme esclarece Cláudia Lima Marques na obra acima citada, “a vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo”, também adotado no novo Código Civil Brasileiro que entrou em vigor em janeiro de 2003.

Pelo menos em três pontos é realçada a importância deste princípio contratual: na interpretação dos contratos pró-consumidor; na proibição genérica e exemplificativa das cláusulas abusivas (ver artigo 51 e incisos do CDC), bem como por intermédio do controle judicial dos contratos, colocando termo à ideia absoluta de intangibilidade das convenções.

Analisando **o princípio da confiança**, observamos que ele é justificado pelo fato de que “a manifestação de vontade do consumidor é dada almejando alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos. A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado criam no consumidor expectativas legítimas de poder alcançar estes efeitos contratuais”.

A proteção do consumidor decorrente da aplicação do princípio da confiança advém do novo regime contra os vícios do produto e serviços, seja em razão da qualidade, da falha de informação ou por vícios de adequação.

Esta proteção à confiança também é vislumbrada naquelas hipóteses de inadimplência do consumidor, protegendo-o contra cobranças abusivas, em aplicação da regra contida no artigo 42 do CDC que prevê: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Por outro lado, sendo a inexecução de parte do fornecedor, o sistema protetivo é eficaz, quer através das garantias processuais (tutela antecipatória nas obrigações de fazer ou não fazer – art. 84 do CDC; garantia dos mais diversos tipos de ação para a defesa dos seus interesses), quer mediante a alteração da sistemática de aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 28 do CDC.

Análise do princípio da boa-fé: A boa-fé apresenta-se sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo. **A boa-fé subjetiva** é a consciência ou a convicção de se ter um comportamento conforme ao direito ou conforme à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro. Já a **boa-fé objetiva** permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta.

O nosso sistema codificado privado comportava expressamente apenas o sentido subjetivo da boa-fé. Por esta razão, sempre que a lei codificada do início do século, com exceção do Código Comercial, utiliza-se do conceito de boa-fé, este tem o significado subjetivo.

Mais recentemente o Código de Defesa do Consumidor introduziu no sistema jurídico brasileiro **o sentido objetivo da boa-fé**, materializando a interpretação objetiva da boa-fé que já existia, mesmo que timidamente, na doutrina e na jurisprudência. Ressalta-se que a posição do Código de Defesa do Consumidor veio a ser reforçada através do **NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Lei-nº 10.406, de 10/01/2002, que entrou em vigor em 10/01/2003, introduzindo expressamente a aplicação do princípio da boa-fé** como pode ser visto a teor dos **artigos 113, 187 e 422** do novo Código Civil.

O Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em 1917, foi elaborado imediatamente após a proclamação da República, não tendo CLÓVIS BEVILÁQUA se apercebido, segundo REALE, da mentalidade patriarcal circunscrita a uma sociedade pré-industrial, de uma civilização e de uma cultura já ultrapassada, e, por esta razão, legou-nos um código marcadamente individualista.

Por este motivo, nosso Código Civil de 1916 foi dominado por alguns princípios, como o da autonomia da vontade, compreendida como fonte soberana dos laços obrigacionais. Entretanto, o princípio da boa-fé aparece como limitador do princípio da autonomia da vontade que, a despeito de sua relevância e atualidade, proporcionou grandes injustiças sociais.

O Código Civil Brasileiro de 1916 não continha um artigo expresso que consagrasse o princípio da boa-fé objetiva como regra geral. O Código

Comercial de 1850, sim, no artigo 131, inciso I, em que pese pouca importância tenha este dispositivo legal frente à doutrina e à jurisprudência pátria. Contudo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei-nº 8.078/90, que trata dos direitos dos consumidores, introduziu-se expressamente o princípio da boa-fé objetiva, inclusive como norma expressa reguladora das relações de consumo. Por outro lado, mais recentemente, com a promulgação do Novo Código Civil Brasileiro, Lei-nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003, **consta expressamente previsão legal de aplicação objetiva do princípio da boa-fé**. Aproveitamos a oportunidade para transcrever os artigos que entraram em vigor, regulando definitivamente a aplicação de relevante princípio:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece no disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Mas a doutrina é pródiga em sustentar que o princípio da boa-fé objetiva, independentemente de sua positivação, pode e deve ser aplicado, porquanto constitui o resultado de necessidades éticas essenciais, sem as quais inexistiria qualquer sistema jurídico.

Todavia, foi o Código de Defesa do Consumidor a primeira lei a tratar da boa-fé objetiva, encontrando repercussão concreta no ordenamento contemporâneo brasileiro, não se limitando à introdução do princípio no artigo 4º, inciso III (cláusula geral da boa-fé). Visando a controlar o abuso contratual, no artigo 51, inciso IV, introduziu uma trajetória mais ampla, tipificando várias hipóteses legais de deveres que, se não tivessem sido previstos na lei, incluir-se-iam no âmbito de concreção da boa-fé objetiva.

Com o objetivo de facilitar a atividade jurisdicional, muitos deveres decorrentes da boa-fé objetiva mereceram previsão legal específica no Código de Defesa do Consumidor, permitindo que a fundamentação das decisões judiciais se baseie diretamente na lei.

Por estas razões as decisões tomadas em primeiro grau e por nossos tribunais podem ser formuladas não apenas em face da doutrina, mas em aplicação de norma jurídica positivada no ordenamento, permitindo a discussão de abusos constantes dos contratos, como exemplo, as hipóteses constantes dos artigos 6º, 46, 51, 54 e parágrafos ou mesmo a hipótese do artigo 49, todas do Código de Defesa do Consumidor. Isto evidencia, que a tutela dos interesses dos consumidores restringiu os limites de autonomia privada quando possibilitou a intervenção judicial no contrato, seja por meio da inserção de cláusulas obrigatórias ou da proibição de cláusulas abusivas, em cuja função revela-se grande parte da utilidade da aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé é incontestavelmente tratada como princípio fundamental que embasa todo o ordenamento civilista, como a necessidade de pautar condutas, inclusive acrescido atualmente em dispositivos expressos do Código de Defesa do Consumidor, artigos 4º, III e 51, IV, no novo Código Civil em vigor a partir de janeiro de 2003, artigos 113, 187 e 422, ocorrendo, no dizer de MENEZES CORDEIRO (Da Boa-Fé no Direito Civil), uma verdadeira “universalização da boa-fé”. Há duas acepções da boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva, cabendo restringir o princípio da boa-fé à objetiva, pois só esta é dever de agir.

No âmbito da boa-fé objetiva, a atuação deste princípio é circunscrita ao Direito das Obrigações, embora não se possa negar sua importância na maioria dos institutos, como na chamada responsabilidade pré-contratual, passando pela teoria do abuso de direito até à tutela da aparência jurídica. Mesmo se for dada uma noção ampla de boa-fé que abranja a justiça contratual, ainda assim estará presente na resolução por onerosidade excessiva, nas teorias da imprevisão e da base negocial, na tutela do aderente em contratos padronizados e de adesão.

A relação entre a boa-fé e justiça contratual é tão estreita que a doutrina entende que o princípio da boa-fé é corolário da justiça contratual, aparecendo como o complemento do princípio da justiça.

O preceito legal que remete para a boa-fé não produz, por si só, um critério de decisão, uma vez que a interpretação nos moldes tradicionais não apresenta uma solução plausível. Desta forma, a boa-fé objetiva surge como princípio orientador da interpretação e não como cláusula geral para a definição de normas de conduta. O princípio da boa-fé serve como critério auxiliar para a viabilização do artigo 170 da Constituição Federal e os ditames constitucionais sobre a ordem econômica. Por isso, a boa-fé comporta a defesa do consumidor economicamente débil e também serve como **fundamento para orientar a interpretação integradora da ordem econômica.**

Pode, eventualmente, abarcar interesses antagônicos, prevalecendo, por vezes, interesses contrários ao consumidor (mas neste caso somente na hipótese de conflito entre os princípios do interesse privado versus o princípio do interesse público, face à prevalência da supremacia do interesse público sobre o interesse privado), mesmo que possa pesar sacrifício autorizado, desde que o interesse social assim o determine (ou seja, interesse público), ressaltado na forma acima explicitada, em razão de o que se pretende com o princípio da boa-fé objetiva é garantir a defesa do interesse do consumidor.

Funciona a boa-fé objetiva como válvula do sistema jurídico por onde adentram elementos externos ainda não positivados na lei, ou mesmo já positivados pela jurisprudência, o que possibilita que a decisão ultrapasse a lei ou vá de encontro a ela, em razão da prevalência do princípio.

Aqui, a boa-fé objetiva servirá para a interpretação integradora das cláusulas contratuais e também para o reconhecimento dos deveres secundários, derivados diretamente da boa-fé objetiva, independente da vontade manifestada pelas partes, para serem observados antes, durante a fase de formação e no cumprimento da obrigação, bem como após a execução, assim como nas obrigações decorrentes da lei.

As partes ao contratarem, têm um objetivo nítido e é este, via de regra, que caracteriza a obrigação principal do avençado. Entretanto, existem os chamados direitos secundários, fruto da concreção da boa-fé objetiva, que ganharam cada vez maior importância.

O dever de esclarecimento é um deles, a partir do qual a parte contratante deve prestar informações sobre o uso do bem alienado, tais como sua capacidade e limites. O dever de conservação é outro que, se não for bem observado, pode causar o perecimento do bem. Existem, ainda, os deveres de lealdade, custódia, previdência, segurança, aviso, informação, notificação, cooperação, proteção, etc.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva sobre o vínculo obrigacional também permite ao juízo controle do conteúdo do contrato e do comportamento dos participantes da relação.

Concluindo este item, de acordo com a doutrina predominante, consideram-se princípios de direito contratual moderno: a boa-fé, a autonomia privada e a justiça contratual. Estes princípios contratuais devem ser obrigatoriamente conjugados com os preceitos constitucionais que regulam a matéria, sobretudo com os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Encerramos o trabalho verificando claramente que o chamado Direito Civil Constitucional está a atingir todo o sistema jurídico, frutificado com a redemocratização do sistema contratual.

Esta tendência tem origem à medida que o homem volta a ocupar o seu real papel na sociedade, como centro gravitacional, quer seja no campo interior, quer sob o ângulo exterior, face à tendência de mudança da sociedade para melhor.

Tanto é assim, que elevada à categoria de um princípio geral do Direito, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de acordo **com a boa-fé objetiva** em suas relações recíprocas que se projeta em duas direções, criando direitos e deveres para todos os envolvidos.

O princípio da boa-fé objetiva faz parte do ordenamento jurídico, agora expresso nas leis, serve como um instrumento para permitir maior aproximação do texto geral e abstrato, característico das leis, com as necessidades impostas pelos casos concretos.

Esta noção é uma importante descoberta para o pensamento jurídico contemporâneo, ao permitir que os juristas não se limitem à simples recitação de soluções consagradas em lei, mas exige deles a compreensão do significado das normas jurídicas, o que permite chegar às soluções mais adequadas sem necessidade de recorrer a artifícios retóricos para atingir o resultado demarcado pelo **princípio da boa-fé objetiva**, já aplicado pela jurisprudência mesmo antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e, do novo Código Civil que passou a vigor, após a “**vacatio legis**” de um ano, a partir de janeiro de 2003, significando que o princípio da boa-fé deve ser aplicado a todos os setores do ordenamento jurídico.

Esta tendência de influência do Direito Constitucional sobre os demais ramos do direito, identificada ao longo dos temas abordados, está diretamente relacionada ao atual estágio de desenvolvimento da sociedade, dos povos e dos Estados, que por intermédio de um Estado cada vez mais intervencionista, passou a inserir no corpo das Cartas Políticas, princípios e regras de direito privado e público, constitucionalizando-os como necessidade de garantia e preservação da dignidade humana, e até mesmo para dar maior segurança e paz social, tendo em vista que, em regra, a alteração do texto constitucional requer processo legislativo complexo e quorum qualificado, comparado ao processo de elaboração das normas infraconstitucionais.

Todas estas mutações no Sistema Jurídico estão diretamente relacionadas à complexidade no relacionamento da sociedade contemporânea, do sistema financeiro capitalista mundial, da metodologia introduzida por meio da chamada Revolução Industrial, ancorando os meios de produção em tecnologia altamente desenvolvida e economia de escala, sustentado e influenciado pelo processo de globalização introduzido desde o início do Século XX, facilitado pelo desenvolvimento dos meios de comunicação social. **O Código Civil é a “Constituição do ser humano comum”, ou seja, do que há de comum entre todas as pessoas.** ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimentos do Devedor (Resolução)**, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1981.

ARCE, JOAQUIM y Flórez-Valdés. **El Derecho Civil Constitucional**, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas S. A., 1986.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos Reais**. 5a ed. Coimbra. Coimbra Editora Ltda., 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman. **A Princiologia do Estudo Prévio de Impacto Ambiental**, São Paulo, Ed. RT, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman. “Função Ambiental”, *in* **Dano Ambiental – prevenção, reparação e repressão**, São Paulo, Ed. RT, 1993.

BESSONE, Darcy. **Teoria Geral dos Contratos**, Editora Saraiva, SP, 1997.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato – Teoria Geral**, 3a ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto *et al.*, **Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas**, 1a Ed. Saraiva, São Paulo, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5a Ed., Coimbra, Almedina, 1992.

CF VASSALLI, ‘**Della Legislazione di guerra e dei nuovi confini del dirritto privato**’, Studi giuridici, Milano, 1950, II.

CUOCULO, Fausto. **Principi di Diritto Costituzionale**. Milão: Doitt. A Giuffrè, Editore S.P.A, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Política do Meio Ambiente”, *in* RF 317/79.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. 4, Editora Saraiva, 2000.

ESPINOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro; Ed. Conquista, 1957.

GARELLI, Alessandro. **Filosofia del Monopolio**. Milão: Ulderico Hoepli – Editore – Librerio della Real Casa, 1898.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, 6a Ed., Editora Forense, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação Crítica**, São Paulo, Ed. RT, 1990.

LÓBO, Paulo Luiz Neto. **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**, 1a Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1986.

LIRA, Ricardo Pereira Lira. **Elementos de Direito Urbanístico**, Editora Renovar, Rio de Janeiro, Edição 1997, atualizada e reeditada em 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**, Ed. Max Limonad, 2000.

LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**, Cadernos 1, Max Limonad, 1999.

LOPES, Serpa. **Curso de Direito Civil**, v. 6, 2a Ed., Freitas Bastos, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, Ed. RT, 3a Ed., 1996.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**, 2a ed., São Paulo, Ed. RT, 1991.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direitos Reais**. Lisboa: Lez – Edições Jurídicas, 1993.

MILARÉ, Édis. **Legislação Ambiental Brasileira**, São Paulo, APMP, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 18a Ed., Ed. Saraiva, SP, 1979.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**, 1a Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.

PASQUALOTTO, Adalberto. “Defesa do Consumidor”, **RT** nº 658, p. 52/77, Ed. RT, São Paulo, 1990.

PEIXINHO, Messias Manoel – GUERRA, Isabella Franco e FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, Ed. Lumen Juris, 1a Edição, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2a Ed., **Instituições de Direito Civil**, v. IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato**, Ed. Coimbra, Coimbra, 1990.

ROPPO, Enzo. **O Contrato, tradução de II Contrato**, 1a ed. Portuguesa, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 1994.

SILVA, Américo Luís Martins. **A Ordem Constitucional Econômica**, Ed. Lumem Iuris, 1996.

SILVIO Rodrigues, **Direito Civil – Direito das Coisas**, V. 5, Ed. Saraiva, 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Função Social da Propriedade”, **in Temas de Direito Urbanístico**, coords. Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, São Paulo, Ed. RT, 1987.

TAVARES, José. **Os Princípios Fundamentais do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra Editora Ltda., 1922.

TEPEDINO, Gustavo. “Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional”, in **Estudos Jurídicos**, editada pelo Instituto de Estudos Jurídicos, RJ, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil – Constitucional**, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”, in **Themas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, p. 349.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

TUBENCHLAK, James e Ricardo Bustamante. “Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional”, in **Estudos Jurídicos**, obra editada pelo Instituto de Estudos Jurídicos, RJ, 1991.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**, Ed. Revista dos Tribunais, p. 102 e segs.

REVISTAS, PERIÓDICOS E JORNAIS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “A Boa-Fé na Relação de Consumo”, in **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, abr/jun/1995, São Paulo, p. 20 a 27.

AGUIAR, Elizabete Alves de. “O Dano Moral e sua Reparabilidade no Direito de Família”, in **Juris Poiesis**, Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá, Ano 2, nº 4, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis do. “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, in **Estudos de Direito Civil e Português** (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

DIPP, Gilson. “O Meio Ambiente na Visão do STJ”, in **Revista Cidadania e Justiça, Associação dos Magistrados Brasileiros**, Ano 4, nº 9, 2º Semestre/2000.

FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. “A Grande Reforma do Código Civil Brasileiro”, IMB, **Revista In Verbis**, nº 24, ano 07, 2002.

LUNZ, Julieta Lúcia. “Critérios Determinantes da Relação de Filiação no Direito Contemporâneo”, **Revista da EMERJ**, Volume 5, nº 19 - 2002

MARQUES, José Roque Nunes. “A Constituição Federal e o Meio Ambiente”, in **Revista Cidadania e Justiça**, Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano 4, nº 9, 2º Semestre/2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A União entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional”, **RTDC, Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano 1, v. 1, janeiro a março de 2000.

PASSOS, Lúcia Helena Ferreira da Costa. “Aspectos Práticos da Ação Civil Pública em Matéria Ambiental”, in **Revista Cidadania e Justiça**, Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano 4, nº 9, 2º Semestre/2000.

PEREIRA, Áurea Pimentel. “A Constitucionalização do Direito de Família na Carta Política Brasileira de 1988”, in **Revista EMERJ** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 4, nº 15, 2001.

REALE, Miguel. “Considerações Gerais Sobre o Projeto de Código Civil – Projeto de Lei-nº 634/75”, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. LXXI, p. 25 a 58. São Paulo, 1976.

LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

MARCIA DE ANDRADE PUMAR¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou o paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus pilares a emancipação do cidadão e o ideal de democracia social, pressupondo a vinculação dos atos estatais e do legislador ao texto constitucional. Trata-se de Constituição principiológica que introduziu valores fundamentais que passaram a influenciar o legislador ordinário no processo de constitucionalização do Direito Civil Brasileiro.

Pode-se dizer que, com o advento da chamada “Constituição Cidadã”, tornou-se obrigatória a interpretação da legislação infraconstitucional em consonância com a principiologia por ela tratada, o que exige um juízo de ponderação entre os interesses em conflito no caso concreto, com prevalência para o interesse constitucionalmente protegido.

Dentre os vários princípios enunciados pelo texto constitucional destacam-se três principais que são o da preservação da dignidade da pessoa humana; o da cidadania e os dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 3º, II, III e IV), que irão influenciar todos os outros.

Nesse sistema de ponderação de interesses não se pode conferir a qualquer direito de cunho patrimonial ou econômico maior relevância do que o princípio da dignidade da pessoa humana, que contempla e dá unidade a todos os demais princípios basilares da Constituição Federal.

Nesse sentido, identifica-se uma série de princípios ou métodos de interpretação constitucional que não podem ser esquecidos pelo aplicador

¹ Juíza de Direito em exercício na Quinta Turma Recursal Cível.

do direito quando se utiliza do novo Código Civil, elaborado sob a coordenação de Miguel Reale. A nova codificação, quebrando o individualismo e patrimonialismo que regia as relações jurídicas de direito privado à luz do Código Civil de 1916, traz a prevalência dos valores coletivos em detrimento dos individuais, oferecendo novos enfoques, por exemplo, aos conceitos de proprietário, de contratante, do empresário e do pai de família, com mudanças profundas para a sociedade.

DESENVOLVIMENTO

Os princípios de interpretação constitucional têm como finalidade possibilitar ao intérprete o entendimento e o significado das normas constitucionais, podendo-se enumerar seis destes princípios, também chamados de técnicas de interpretação constitucional.

Princípio da Unidade da Constituição

A Constituição é o documento hierarquicamente superior a todos os outros existentes, no que diz respeito a um determinado ordenamento jurídico. Assim, as disposições constitucionais não devem ser interpretadas isoladamente, mas de forma integrada, levando-se em conta todo o conjunto, toda a unidade, a fim de que sejam evitadas eventuais superposições de normas conflitantes. Tal princípio, idealizado por Konrad Hesse, prega a não superposição, ou prevalência de uma norma constitucional sobre outra.

Princípio da Harmonização ou Concordância Prática

Intrinsicamente ligado ao princípio anterior, este princípio impõe àquele encarregado de interpretar a Constituição a tarefa de harmonizar as proposições aparentemente conflitantes entre as normas constitucionais, mas sem ignorar completamente quaisquer normas constitucionais para que não seja desrespeitado o princípio da unidade da Constituição. Por afastar a tese de hierarquia entre os dispositivos da Constituição, esse prin-

cípio impede a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário.

Princípio da Eficácia Integrativa

O princípio do efeito integrador, também originário do princípio da unidade da Constituição, indica que, sendo a Constituição Federal o principal elemento de integração comunitária, a sua interpretação deve ter como escopo a unidade política. Com isso, nas resoluções de problemas jurídicos constitucionais deve ser concebida primazia à interpretação que favoreça a integração política e social, criando um efeito conservador desta unidade. Em resumo, significa encontrar a melhor solução que integre a unidade jurídica.

Princípio da Interpretação segundo a Constituição Federal

A interpretação conforme a Constituição estabelece ao aplicador do direito positivado que, quando se deparar com normas de caráter polissêmico ou plurissignificativo, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Existindo duas ou mais interpretações possíveis de uma norma, deve-se sempre adotar aquela interpretação que esteja em conformidade com o texto constitucional. Dessa forma, possuindo uma lei duas interpretações, uma em conformidade com a Constituição e outra desconforme, não poderá ela ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional.

Princípio da Eficácia ou Força Normativa da Constituição

Este princípio estabelece que, na interpretação constitucional, deve-se dar primazia às soluções que possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência. Também idealizado por Konrad Hesse, o princípio traduz a ideia de que a constituição não configura apenas

a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Assim, a Constituição para ser aplicável deve ser conexas à realidade jurídica, social e política.

Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Embora não seja fácil se estabelecer uma definição exata deste princípio, pode-se dizer que é um reconhecimento dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles tratados no art. 5º da Constituição Federal, no âmbito do direito privado. Como no Brasil os direitos fundamentais são de aplicação imediata, a eficácia horizontal se processa na aplicação dos direitos fundamentais independentemente da existência de lei.

Esses princípios acabaram por erodir a velha dicotomia entre direito público e direito privado, fazendo com que hoje esta divisão seja bem tênue, com interpenetração e complementação entre os dois ramos.

Em decorrência da publicização do Direito Civil, que nada mais é do que uma releitura dos institutos do direito privado à luz dos preceitos constitucionais que se espraiaram por toda a sociedade, hoje já existem instituições de ensino oferecendo aos alunos do curso de direito matéria denominada “Direito Civil Constitucional”. Podemos dizer que chegamos a uma integração simbiótica entre os dois ramos do direito, com perfeita integração sem que cada um deixe de perder sua essência.

O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Enquanto o Código Civil de 1916 privilegiava a autonomia individual e o conservadorismo no que tange às questões sociais e às relações de família, tendo como seus três pilares fundamentais o contrato, a família e a propriedade, o Código Civil de 2002, nascido sob grandes resistências doutrinárias, tem como fonte de inspiração três grandes paradigmas, a saber: o princípio da efetividade ou operabilidade; o da função social da propriedade e o da boa-fé objetiva, este último, talvez a maior contribuição para o direito.

Os elaboradores do novo Código, instituído pela Lei 10.406 de 10/01/2002, que entrou em vigor em 11/01/2003, percebendo que as relações civis exclusivamente patrimoniais e formais eram incompatíveis com os valores baseados na socialidade e na dignidade da pessoa humana adotados pelo Estado Social, adotaram no novo texto jurídico a técnica legislativa das cláusulas abertas que deixam ao operador do direito a tarefa de preencher as lacunas aplicando os princípios constitucionais. Dessa forma, o Código Civil deixou de ser o pilar máximo da regulação da ordem privada, para propiciar ao intérprete do direito a possibilidade de se valer dos princípios constitucionais para reunificar o sistema jurídico.

Adotando a técnica das cláusulas gerais, o novo ordenamento jurídico codificado admitiu certa margem de interpretação ao julgador, permitindo a criação de solução para novos problemas, seja por meio de jurisprudência ou por meio de uma atividade de complementação legislativa.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o novel Código Civil criou o instituto do consentimento informado que mudou radicalmente a relação médico e paciente. Atualmente, é dever de o médico explicar ao paciente todo o tratamento e procedimento que será realizado para a recuperação de sua saúde.

O direito de propriedade, por exemplo, hoje sofre grandes limitações em prol da coletividade, impensáveis sob a égide do antigo Código Civil de 1916. O art. 1228 e seus parágrafos estabelecem limitações em prol da fauna, flora, ecossistema; veda os atos do proprietário que visem a prejudicar terceiros, os chamados atos emulativos, que não lhe trazem qualquer proveito.

O princípio da autonomia da vontade está hoje flexibilizado, só podendo ser exercido legitimamente nos limites da função social dos contratos, princípio que impede que o contrato produza efeitos negativos. O contrato hoje desborda das partes contratantes para repercutir na sociedade.

Dessa forma, no julgamento das lides, o juiz se colocar na posição de um equilibrador ético e econômico do contrato. O magistrado, ao se deparar com um caso concreto de interpretação de um negócio jurídico, deve

ter sempre em mente a proteção da boa-fé, da ética, da moral e dos bons costumes. É a aplicação do princípio da eticidade que pode ser percebido em vários dispositivos do código: no art. 187 que, pela primeira vez assemelha o abuso de direito ao ato ilícito, com previsão de sanções, exatamente por tratar-se de ato que contraria a boa-fé; no art. 113, que dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar.

No Livro do Direito de Família alguns avanços também foram introduzidos por força dos princípios constitucionais. O novo ordenamento abandona a visão patriarcalista que inspirou a elaboração do Código Civil de 1916, quando o casamento era a única forma de constituição da família, passando a ampliar as formas de constituição da entidade familiar, consagrando ainda o princípio da igualdade de tratamento entre marido e mulher. Grandes inovações foram também entranhadas no capítulo referente à filiação, extinguindo-se as distinções entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, vigentes no código anterior. O Estado hoje não pode interferir na família, por se tratar de consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao Capítulo relativo à Responsabilidade Civil, o novo diploma legal trouxe notáveis mudanças, mormente com a introdução de cláusulas gerais no que diz respeito aos elementos que fundamentam ou caracterizam o dever de reparar o dano causado. A responsabilidade civil proveniente de ato ilícito ou do abuso de direito está hoje positivada no art. 927 combinado com os art. 186 e 187, todos do Código, que não adotou a teoria subjetiva do abuso de direito, mas a objetiva, pois não exige intenção de prejudicar, sendo suficiente para sua caracterização o excesso objetivamente constatável. O direito subjetivo, se exercido de forma a contrariar a ética e o fim social e se causar dano, tem como consequência o dever de indenizar. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito, de acordo com o NCC, independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. Hoje, aquele que exerce uma atividade com habitualidade, ou seja, aquele que presta um serviço de risco inerente à atividade e violar o dever de segurança, responde pelo dano causado a terceiro,

independentemente de culpa. O art. 931, que trata da responsabilidade objetiva pelo fato do produto, é aplicado quando não se tratar de relação de consumo, posto que neste último caso há norma especial no Código de Defesa do Consumidor. Por este artigo, para que haja o dever de indenizar, exige-se que o produto seja perigoso, que venha a causar dano e que tenha defeito, ou seja, que não ofereça a segurança que dele se esperava.

Em resumo, antes do novo Código Civil de 2002 tínhamos um sistema simples de responsabilidade civil. Hoje, temos um sistema de responsabilidade civil complexo que se origina na Constituição Federal, passa por leis especiais e termina no Código Civil, que reflete a complexidade da sociedade moderna.

CONCLUSÕES

A dicotomia entre o Direito Público e o Direito Civil está hoje superada. O Direito Civil está hoje umbilicalmente ligado a outros ramos do direito, com aplicação interdisciplinar dos institutos. O Código Civil de 2002, acompanhando as mudanças sociais, trouxe inovações jurídicas a atender aos anseios da sociedade. Seu sistema de aplicação de normas foi criado de modo propositamente aberto, de forma a permitir adaptações a futuras interpretações, evoluções sociais e novas teorias doutrinárias.

O Código Civil não é mais a única fonte do Direito Civil, mas a sua lei básica, que está aberta à utilização de outras fontes, oriundas ou não do poder legislativo, que atuem em cumplicidade com o Código Civil, de forma a alcançar o objetivo máximo que é a satisfação dos anseios sociais em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana de assento constitucional, e que traduz o núcleo essencial do sistema jurídico.

Pode-se dizer que o Código Civil é a lei do século XXI, mas para isso é necessário talento para se aplicá-la de forma ética, concretizando com adequação e correção a grandiosa missão de julgar. ♦

PONDERAÇÕES SOBRE OS 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

MÁRCIA PAIXÃO GUIMARÃES LÉO¹

Este trabalho visa a abordar as inovações ocorridas com o advento do Código Civil de 2002 no que diz respeito a introdução em nosso ordenamento jurídico de novos princípios, bem como sua aplicação nos direitos reais de posse e propriedade.

O Código Civil de 1916 foi formulado com base em paradigmas de sua época, quando a sociedade vivia em um Estado Liberal Clássico. Os princípios que sustentavam esse Estado eram o da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e de sua imutabilidade. O Código Beviláqua era baseado no individualismo e patrimonialismo, com três personagens principais, o marido, o proprietário e o contratante.

O antigo Código Civil não permitia ao magistrado o exame da situação do caso concreto, já que ele não tinha compromisso com a justiça social: cabia a ele somente o cumprimento da lei.

Entendia-se, naquele tempo, que o que advinha do contrato era justo porque ninguém era obrigado a contratar. Por exemplo, partindo-se da premissa (que posteriormente verificou-se equivocada) de que ocorreram as tratativas na busca das cláusulas para o atendimento de um bem que ambos os contratantes buscavam, não podia, após estabelecido o contrato, uma das partes se socorrer do Judiciário para discutir uma cláusula ali inserida.

Foi percebido que, em verdade, a liberdade das partes não assegurava o equilíbrio e a justiça do contrato, já que a parte economicamente mais forte acabava por impor sua vontade em detrimento da outra, que necessitava daquele bem da vida.

¹ Juíza de Direito da 3ª Vara Cível de Duque de Caxias.

Assim, aos poucos, ruiu o Estado Liberal Clássico para o surgimento do Estado Social, o qual deveria passar a intervir nas relações sociais com o intuito de assegurar um mínimo de igualdade real.

Nessa nova visão, foi construída a Constituição Federal de 1988, com a inclusão de valores e princípios fundamentais, que já podem ser percebidos nos artigos iniciais da nova Carta (artigos 1º e 3º, III).

Os dispositivos antes mencionados trazem como fundamento da República a preservação da dignidade da pessoa humana, e como objetivo fundamental a solidariedade social. Incluiu-se, assim, os princípios da igualdade real e a garantia dos direitos fundamentais.

Essa postura social é extremamente importante ao se levar em conta as regras e métodos de hermenêutica da Constituição. Quais sejam:

1- a unidade da Constituição – as normas não podem ser interpretadas isoladamente;

2- harmonização ou concordância prática – existem bens constitucionalmente protegidos, mas isso gera uma difícil harmonização tendo-se em conta valores aparentemente conflitantes;

3- eficácia integrativa – na interpretação, deve-se buscar a melhor integração das normas constitucionais;

4- força normativa – as suas previsões devem ser observadas e respeitadas por todos. No caso da nova Constituição, isto é de extrema importância, pois a CR trouxe uma nova ordem jurídica, com fulcro em valores diferentes daqueles em que a sociedade estava baseada;

5- interpretação conforme a Constituição – as leis infraconstitucionais devem ser aplicadas consoante a Constituição Federal. Ou seja, com o advento da CRFB/88, toda a legislação deve ter como base a justiça social, a solidariedade social, a igualdade real;

6- proporcionalidade e razoabilidade na interpretação da regra restritiva de direito;

7- eficácia horizontal dos direitos fundamentais que suportam essa igualdade jurídica.

Insta salientar ainda que, com o advento da Constituição Federal de 1988, iniciou-se a supressão da separação total existente entre o direito público e o direito privado, já que ambos se complementam, devendo ser feita uma releitura dos institutos deste último à luz dos preceitos constitucionais.

Nessa nova ordem constitucional, com fulcro no Estado Social e publicização do direito civil, nasceu a nossa nova Lei Civil Material.

O Código Civil de 2002 se baseou em três paradigmas:

1- função social do direito – o direito é uma ferramenta para a construção de uma sociedade mais justa;

2- operacionalidade ou efetividade – criar justiça concreta com equidade e solidariedade;

3- boa-fé objetiva.

Este último paradigma foi de suma importância, já que transformou a boa-fé subjetiva, que era somente uma exortação ética, em objetiva, ou seja, em uma regra de conduta, um dever jurídico, e que, por isso, pode ser sancionado em caso de violação.

Adotou-se a técnica das cláusulas abertas, cabendo ao magistrado o preenchimento destas com a utilização de valores e princípios constitucionais.

Vários exemplos de cláusulas abertas constantes no CC/2002 podem ser citados, entre eles, o artigo 187, que conceituou o abuso de direito, caracterizando-o como ato ilícito, e, por consequência, gerador de responsabilidade civil aferida de forma objetiva. Cabe ao juiz verificar se houve ou não o excesso aos limites.

No atual Código Civil, ainda foram reconhecidas a garantia da igualdade no momento de contratar e a possibilidade de existência da lesão nas relações contratuais. Busca-se, desse modo, a garantia de que os contratos nasçam realmente justos, e, não somente formalmente.

Os parágrafos do artigo 1.228 do Código Civil são de extrema importância, pois aqui há a nítida influência já mencionada dos princípios do Estado Social, já que há uma limitação do uso do direito real maior que é a

propriedade em razão do direito ambiental e da preservação da dignidade da pessoa humana e garantia da solidariedade social. O parágrafo 1º limita o direito de propriedade em prol de toda a coletividade, que tem o direito a um meio ambiente saudável. O parágrafo 2º traz o abuso do direito, já que proíbe atos do proprietário que não lhe tragam utilidade e ainda prejudiquem terceira pessoa. Os parágrafos 4º e 5º, que trazem cláusulas abertas, demonstram a preocupação social do legislador.

No Código revogado, a autonomia da vontade era quase absoluta, mas atualmente ela é limitada pela função social do contrato. Os efeitos e consequências das relações contratuais transbordam os limites dos contratantes, e, por isto, hoje em dia, pode-se impedir que o contrato produza efeitos prejudiciais à sociedade. O mesmo se diga em relação à propriedade, que deve atingir, como já dito, sua função social (artigo 5º, XXIII, CRFB/88). Esse pensamento foi positivado no artigo 2.035 e seu parágrafo único do atual Código Civil, que, por ser cláusula geral, está implícita em todos os contratos.

Adentrando na questão propriamente dita da limitação ao direito de propriedade, a Constituição Federal no artigo 225 elevou, à garantia de direito fundamental, o direito ambiental. Assim, possui as características básicas dos direitos fundamentais, que são o imediatismo (não há necessidade de lei infraconstitucional), a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a indivisibilidade.

Conforme já mencionado, a propriedade deve atender sua função social; este requisito, em verdade, não é um limite ao direito de propriedade: ele constitui um de seus elementos. Há tão somente uma aparente dificuldade de harmonização do direito de propriedade com o direito ambiental. Este último por ser bem comum, pode ser protegido por todos.

No que se refere à posse, o primeiro entendimento foi no sentido de que havia a necessidade de sua apreensão física (Savigny). Mas, posteriormente, adotou-se a teoria formulada por Ihering, que afirmava estar a posse atrelada à propriedade, pois se cuida de sua exteriorização. O possuidor trazia consigo a aparência de proprietário. Essa teoria foi acolhida pelo atual Código Civil no artigo 1.196.

Contudo, como já por diversas vezes assinalado, há de ser efetuada uma interpretação conforme a Constituição, e, nesta visão, a posse não é somente a defesa do direito de propriedade, é, na verdade, um instrumento que afirma o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da igualdade social (artigo 6º, CRFB).

Podemos dividir a posse em posse moradia, que ocorre nas cidades, e a posse trabalho (no campo).

O parágrafo 2º do artigo 1.210 do atual Código Civil foi um avanço, pois revogou a segunda parte do antigo artigo 505 (C.C./16). Hoje em dia, é pacífico que não se discute a propriedade em ações possessórias.

Outra grande inovação nesse campo foi o parágrafo único do artigo 1.255 do C.C., que traz a acessão invertida. Trata-se de uma expropriação do construtor/trabalhador em relação ao dono da terra. A teoria da principalidade do solo (tudo que nele se encontra, a ele se adere, pertence ao dono do terreno), começou a ruir.

O artigo 1.228, em seu parágrafo 2º, traduz essa função social da propriedade, e, por ser direito fundamental, tal como o direito a própria propriedade, está no mesmo patamar desta, e, igualmente como esta deve ser respeitado.

Toda essa nova vista constitucional pode ser verificada no artigo 170 da Lei Maior, que está no título DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, já que há a defesa da propriedade, da livre iniciativa, mas igualmente incluiu-se a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e a função social da propriedade.

Verifica-se, assim, que o atual Código Civil andou bem nos temas em questão, pois elaborado consoante os ditames Constitucionais, sendo que eventuais falhas são supridas através da interpretação conforme a Constituição. ♦

FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NA LEGALIDADE CIVIL- CONSTITUCIONAL

MARIA DA PENHA NOBRE MAURO¹

A instituição do novo Código Civil (Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002), que teve sua vigência a partir de 11 de janeiro de 2003, trouxe consideráveis mudanças para todos os temas abrangidos pelo nosso ordenamento civil, principalmente no Direito de Família.

Pode-se dizer que a família regulada pelo Código Civil de 1916 era aquela constituída unicamente pelo casamento, possuía modelo patriarcal e era baseada na hierarquia, devido à forte influência do direito canônico em nosso ordenamento jurídico.

Com o advento do Código Civil de 2002, é possível identificar novos elementos a compor essas relações familiares, priorizando-se, antes de qualquer outro valor, a dignidade da pessoa humana.

O consagrado autor Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra **Direito Civil Brasileiro** (São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33), citando Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, explica, a seguir, algumas das transformações ocorridas no Direito de Família:

“A Constituição Federal de 1988 ‘absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos’. Assim, o art. 226 afirma que ‘a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Empresarial - Capital.

várias formas de constituição'. O segundo eixo transformador 'encontra-se no § 6º do art. 277. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento.' A terceira grande evolução situa-se 'nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.'"

Mas nem todas essas mudanças surgiram quando da elaboração do Novo Código Civil, e muito menos se pode dizer que aí se encerraram. Na verdade, essa evolução vem ocorrendo em etapas, na medida em que a lei, como forma de acompanhar as mudanças que influenciam a sociedade na marcha do tempo, incorpora gradativamente ao seu texto alterações surgidas com a edição de leis especiais.

Antes mesmo do novo ordenamento civil já havia uma crescente necessidade de abandonar os modelos ultrapassados e a urgência em alcançar uma conformidade entre o texto legal e a realidade fática.

É o caso da Lei nº 4.121/1962, conhecida como "Estatuto da Mulher Casada", que banuiu de nosso ordenamento jurídico as discriminações praticadas contra a mulher por esta simples condição.

Já o texto da Emenda Constitucional nº 09, de 1977, excluiu o caráter indissolúvel do casamento, instituindo o divórcio, que veio em seguida a ser regulamentado pela Lei nº 6.515/1977.

Contudo, nenhuma alteração pode ser considerada mais relevante para o Direito de Família brasileiro do que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, tendo em vista as profundas mudanças que introduziu no conceito de família e o tratamento que passou a dispensar a esta instituição, considerada pelos artigos 226 e seguintes do texto constitucional como base da sociedade.

Criava-se, a partir de então, um novo Direito de Família no Brasil, com fundamento constitucional e foco em um novo conceito de entidade familiar, o qual ampliou as formas de constituição da família, que antes se dava apenas com o casamento, acrescentando-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A par da ampliação do modelo tradicional de família, surgiram também os mecanismos de facilitação da dissolução do casamento, destacando-se a possibilidade de divórcio direto após dois anos de separação de fato, bem como a possibilidade de a separação judicial ser convertida em divórcio após o decurso de um ano.

Pela primeira vez, os direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal foram equiparados.

Pela primeira vez, acabou-se com a desigualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, que passaram a ter assegurados os mesmos direitos e deveres, sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

Nesse ponto, impende destacar a lição de Alexandre de Moraes, em sua obra **Direito Constitucional** (São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 875), na qual o autor enfatiza essas e outras mudanças implementadas pela Constituição da República Federativa de 1988:

“A partir da fixação do conceito de entidade familiar, a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares:

- cabeça do casal: *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;*
- dissolução do casamento: *o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sem necessidade, após aprovação da EC nº 66, de 13 de julho de 2012, de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. A Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade do divórcio direto, sem qualquer limitação*

de vezes, em norma constitucional autoaplicável, tendo exigido um único requisito para sua ocorrência, o prazo de dois anos de separação de fato, sendo absolutamente desnecessária qualquer imputação de culpa para a efetivação do divórcio;

- planejamento familiar: *fundado nos princípios da dignidade de pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas;*

- adoção: *a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros;*

- filiação: *os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado;*

- assistência mútua: *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”*

Percebe-se claramente que o novo ordenamento abandona a visão patriarcal que inspirou a elaboração do Código revogado, com a consagração da igualdade de tratamento entre marido e mulher, respeitando-se sempre, e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Mas, além da incorporação de alterações surgidas com a edição de leis especiais e das profundas e diretas modificações operadas pela Carta

Magna de 1988, o Código Civil brasileiro, buscando acompanhar as novas e constantes demandas da sociedade em razão do fator tempo, trouxe as suas próprias mudanças no Direito de Família.

E uma das mudanças mais significativas se deu no plano do regime de bens entre os cônjuges, que antes começava a vigorar desde a data do casamento, sendo certo que, como a edição do novo diploma legal, passou-se a conferir ao casal a possibilidade de, a qualquer tempo, optar pelo regime de comunhão total, parcial ou separação de bens, e, ainda, de modificar a escolha no curso do casamento (art. 1.639, § 2º).

Além disso, o Código Civil de 2002 passa a utilizar a expressão “poder familiar” no lugar de “pátrio poder”, para designar a posição ocupada, na mesma medida, pela mãe e pelo pai. Estabelece, nesses termos, que a obrigação de sustento da família é de ambos os cônjuges, na proporção de seus bens e rendimentos (art. 1568), obrigação esta que, na lei revogada, recaía apenas sobre o marido.

Também com profundo viés no princípio da igualdade, verdadeiro dogma constitucional, operaram-se outras modificações, como, por exemplo, a guarda dos filhos, antes normalmente atribuída à mãe, mas que agora passava a ser fixada pelos próprios pais, e, no caso de inexistência de acordo, atribuída a quem dos dois apresentar melhores condições para exercê-la (art. 1.584).

Da mesma forma, foi extinta a causa de anulação do matrimônio que se justificava na percepção pelo homem, na noite de núpcias, de que a esposa não é virgem, assim como o foi a determinação de que só possuía direito à pensão a mulher casada legalmente, sendo certo que, atualmente, o art. 1.694 do Código Civil confere legitimidade ativa não só aos parentes, mas também ao cônjuge e ao companheiro, ou seja, constatada a união estável, tanto o homem como a mulher podem requerer pensão alimentícia.

Todavia, o direito, tal como as relações sociais, não é e não pode ser estático, e, por conta dessa volatilidade, nem sempre as mudanças consagradas na legislação serão suficientes, tamanha a complexidade das relações inerentes ao Direito de Família hodiernamente. Por isso, o operador

do direito precisa estar atento às mudanças que continuam a se operar, e, neste ponto, conta, sobretudo, com a preciosa contribuição fornecida pela jurisprudência, verdadeiro termômetro das relações entre o Estado-juíz e seus jurisdicionados.

Questões das mais atuais tratam, por exemplo, da responsabilidade civil na perda do poder familiar por abandono afetivo; da doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais; da alienação parental e seus reflexos na guarda compartilhada e, mais recentemente, do reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Destaca-se, sobre esse último tema, o recente julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do

Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. *Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.*

7. *A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). É importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.*

8. *Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.*

9. *Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exa-*

tamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.”

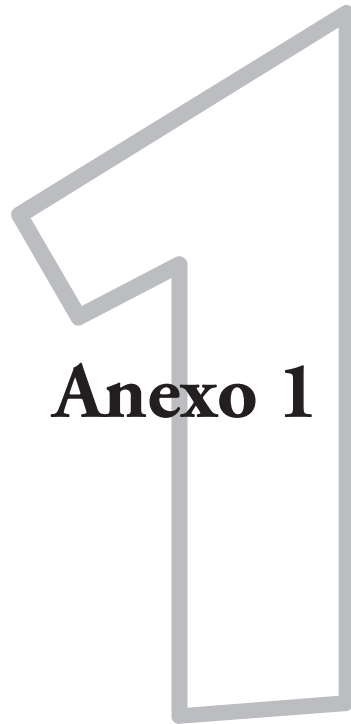
(REsp 1183378/RS; Min. Relator: LUIS FELIPE SALOMÁO, 4ª T.; Julg. em 25/10/2011; Data de Publicação no DJe: 01/02/2012)

Todas as alterações no direito de família demonstram e ressaltam a relevante função social da família em nosso ordenamento jurídico, consagrada, mais do que nunca, pela Carta de 1988, como sustentáculo da vida em sociedade.

Os novos e constantes anseios da sociedade legitimam as profundas mudanças que vêm sendo operadas no Direito de Família brasileiro, pugnando por um olhar cada vez mais atento aos paradigmas que acompanham a marcha evolutiva, sem jamais distanciar da igualdade, expressão maior do princípio da dignidade da pessoa humana. ♦



EMERJ



Anexo 1

Programação do Curso

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS

REALIZAÇÃO: EMERJ, ESAJ E CEDES.

Coordenação: Des. Carlos Santos de Oliveira, Des. Marco Aurélio Bezerra de Mello, Prof. Fábio de Oliveira Azevedo, Prof^a. Mônica Gusmão.

Carga horária: 20 horas

Transmissão por videoconferência

Dia 29/03/2012

18 horas

MESA DE ABERTURA:

Des Manoel Alberto Rebêlo dos Santos - Presidente do TJ/RJ

Des. Antônio José Azevedo Pinto – Corregedor-Geral da Justiça

Des. Nametala Machado Jorge – 1º Vice-Presidente

Des. Nascimento Antonio Povoas Vaz – 2º Vice-Presidente

Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte – 3º Vice-Presidente

Des. Leila Mariano – Diretora-Geral da EMERJ

Des. Edson de Aguiar Vasconcelos – Vice-Diretor da EMERJ

Des. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Presidente da Comissão Acadêmica da EMERJ

Dr. Cláudio Soares Lopes - Procurador Geral de Justiça/RJ

Dr. Nilson Bruno Filho - Defensor Público Geral do Estado/RJ

Des. Luiz Zveiter – Presidente do TRE/RJ

Dr. Wadih Damous - Presidente da OAB/RJ

Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares - Procurador Geral do Estado/RJ

Dr. Fernando dos Santos Dionísio - Procurador Geral do Município/RJ

Des. Sidney Hartung Buarque – Presidente da ESAJ

Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos - Diretor Geral do CEDES

19 horas

- Conferência de Abertura e Homenagem ao Desembargador Sylvio Capanema de Souza.

Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil.

Palestrante: Desembargador Sylvio Capanema de Souza

20h15min

A Posse dos Imóveis como Instrumento de Garantias Fundamentais e as Limitações Ambientais.

Palestrantes: Desembargadores Sidney Hartung Buarque e Marco Aurélio Bezerra de Melo

21h30min

Encerramento das Atividades.

Dia 30/03/2012

09h30min

Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais nas Relações Negociais e Reais Imobiliárias.

Palestrantes: Desembargador Marcos Alcino e Defensora Pública Ana Rita Vieira de Albuquerque

10h45min

Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil-Constitucional.

Palestrantes: Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira e Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

12 horas

Intervalo

13h30min

O Código Civil e a Defesa do Consumidor.

Palestrantes: Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho e Procurador do Estado Leonardo Mattietto

14h45min

Consequências do Inadimplemento das Obrigações.

Palestrantes: Desembargador Carlos Santos de Oliveira e Advogado Fábio Oliveira Azevedo

16 horas

Coffee-Break

16h30min

Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei 12411/2011)

Palestrantes: Promotor de Justiça Leonardo de Araújo Marques e Professora Mônica Gusmão

17h45min

- Conferência de Encerramento e Homenagem ao Desembargador Sergio Cavalieri Filho.

Palestrante: Desembargador Sergio Cavalieri Filho

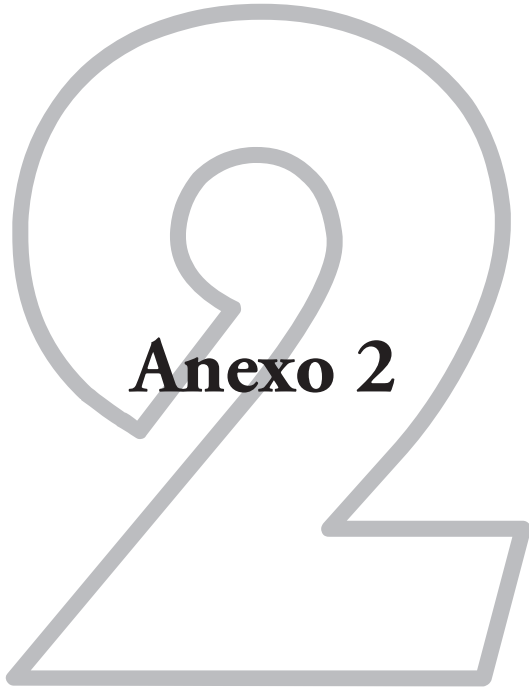
A Responsabilidade Civil nos Dez Anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência.

19h30min

Encerramento das atividades.



EMERJ



Anexo 2



PROCESSO Nº 2012062

PARECER Nº 2012062-0012012

INTERESSADA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

CURSO: Os 10 anos do Código Civil

Senhora Coordenadora de Ensino,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ encaminha à Enfam, em 29 de fevereiro de 2012, para fins de credenciamento, o projeto do curso denominado “**Os 10 anos do Código Civil**”, na modalidade presencial, com oferta de 400 (quatrocentas) vagas e carga horária de 20 (vinte) horas-aula.

O curso realizar-se-á nos dias 29 e 30 de março de 2012.

Justificando a necessidade do curso, a Escola afirma que: *“Por ocasião dos 10 anos de aplicação do Código Civil de 2002, é fundamental que os magistrados tomem conhecimento da doutrina e jurisprudência que se consolidou, mormente com relação às cláusulas gerais e os princípios. Acresça-se que o curso também objetivará a reflexão sobre os novos rumos do direito civil”*.

A EMERJ informa que o curso objetiva, de uma forma geral, levar à compreensão dos magistrados a dinâmica relativa a temas de Direitos Cíveis, relevantes para atuação dos referidos profissionais, atualizando-os quanto à reflexão dos 10 anos de experiência e aplicação do Código Civil.

Quanto à abordagem pedagógica, o Curso 10 anos do Código Civil desenvolver-se-á por meio de aulas interativas, voltado para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao

aprimoramento de magistrados, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, efetiva participação nas atividades presenciais em classe, além da frequência mínima a 75% das aulas do curso, aferida mediante lista de presença. Findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito muito bom, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso.

A avaliação do curso será feita pelos cursistas, através do preenchimento de folha própria de avaliação, conforme escala de valores para cada quesito, alinhada às diretrizes da ENFAM, tais como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

TEMA 1
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: 10 ANOS DE CÓDIGO CIVIL
EMENTA
Legalidade e eficácia constitucional na aplicação do Código Civil.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Abordagem do Direito Civil Constitucional.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Refletir no papel da Constituição para o aprimoramento do Direito Civil.
TEMA 2
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: 10 ANOS DE CÓDIGO CIVIL
EMENTA
10 anos de Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Código Civil e a Lei n. 8078/90.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Análise do diálogo das fontes normativas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

TEMA 3
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL
EMENTA
Cláusulas gerais e conceito jurídico indeterminado: método e legitimidade democrática nas relações negociais.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Auxiliar o magistrado a decidir em consonância com as regras e princípios que norteiam o Direito Civil na contemporaneidade.

TEMA 4
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: POSSE
EMENTA
A posse dos imóveis como instrumento de garantias fundamentais e as limitações ambientais.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Posse, Propriedade e Limites.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Análise da função social da posse como garantia individual e a tutela do meio ambiente.

TEMA 5
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: DAS OBRIGAÇÕES
EMENTA
Consequências do inadimplemento das obrigações.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Adimplemento e inadimplemento das obrigações.
OBJETIVO ESPECÍFICO
O estudo aprofundado dos efeitos do inadimplemento passando à análise das regras e princípios.

TEMA 6
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: DIREITO DE FAMÍLIA
EMENTA
Famílias contemporâneas na legalidade civil-constitucional.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Evolução do Direito de Família e a Constituição da República.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Trazer à discussão e reflexão as recentes inovações legais, doutrinárias e jurisprudenciais no Direito de Família.

TEMA 7
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: RESPONSABILIDADE CIVIL
EMENTA
A responsabilidade civil nos dez anos da codificação civil na construção da doutrina e da jurisprudência.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Da Responsabilidade Civil.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Análise da evolução doutrinária e jurisprudencial da objetivação da Responsabilidade Civil.

TEMA 8
DIREITO CIVIL DISCIPLINA: DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA
EMENTA
Condição do empresário individual.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Empresa individual de Responsabilidade Limitada. Conceito. Formação. Capital. Responsabilidade do titular. Distinção entre empresa, empresário, estabelecimento, sociedade e pessoa jurídica. Fraude. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Críticas. Inovações da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Análise das atualizações advindas com a Lei n. 12.441/11, de 11/07/11.

A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese de seus currículos.

Foi apresentada a bibliografia que foi sugerida aos cursistas, assim como seus meios de acesso.

É o Relatório.

II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrado para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam através da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011; a Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, “*O pedido de credenciamento para a execução do curso de aperfeiçoamento deverá ser feito, impreterivelmente, até 30 (trinta) dias antes de seu início*”.

O curso em exame iniciar-se-á no dia 29 de março de 2012. O pedido foi recebido na ENFAM no dia 29 de fevereiro passado. Tempestivo, portanto, o pedido de credenciamento.

O tema “**Os 10 ano do Código Civil**” insere-se no conteúdo previsto no inciso III do art. 8º da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011:

Art. 8º O conteúdo programático dos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:

I – (...);

II – (...); e

III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins como filosofia, sociologia e psicologia.

Ademais, o § 1º do art. 2º da Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008, autoriza às escolas a possibilidade de ampliação do conteúdo programático elencado no art. 8 da Resolução nº 2/2007. Tal possibilidade ficou explícita no anexo 2 da Resolução nº 2, de 16 de março de 2009, *verbis*:

“..... os tribunais têm liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juízes a partir de demandas mais pontuais.”

O conteúdo programático e a carga horária se mostram compatíveis entre si, porquanto o tema “**Os 10 anos do Código Civil**” - com ênfase na legalidade e eficácia constitucional na aplicação do Código Civil; no Código Civil e a Defesa do Consumidor; nas cláusulas gerais e conceitos jurídico indeterminado; na empresa individual de responsabilidade limitada; nas posses dos imóveis como instrumento de garantias fundamentais e as limitações ambientais; nas famílias contemporâneas; e na responsabilidade civil nos dez anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência - será estudado em 20 (vinte) horas-aula.

Pela análise dos currículos, vê-se que os docentes são devidamente qualificados para ministrar o curso.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *“torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, instrumento de avaliação uniforme e adequado, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos”*.

No presente caso, além da exigência de frequência mínima a 75% das aulas oferecidas, os alunos deverão apresentar, findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, um texto de 5 a 8 laudas, em que aplicará a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

III – Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do **“Os 10 anos do Código Civil”**, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

À superior consideração.

Brasília, 05 de março de 2012.

Rodrigo L. D. Campos
Analista Judiciário - Enfam

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**PORTARIA Nº 89 DE 06 DE MARÇO DE 2012.**

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **Os 10 anos do Código Civil**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **Os 10 anos do Código Civil**, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 201262 - Credenciamento.

Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral