

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 “princípioalização” 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. Madri: 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 ensejar 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 chefie, 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. ♦