

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

BELMIRO FONTOURA FERREIRA GONÇALVES<sup>1</sup>

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 norteador 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

---

<sup>1</sup> 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.*

...

*Cumprir 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. ♦