

10 Anos do Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos

Paloma Rocha Douat Pessanha¹

LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Inicialmente, a fim de se analisar o Código Civil em vigor, deve-se fazer um paralelo com o Código Civil de 1916, bem como os aspectos sociais e temporais de sua formação.

Nesse passo, segundo o professor Sylvio Capanema, pode-se afirmar que o Código Civil revogado retratava a sociedade patrimonialista e individualista que vinha na esteira da Revolução Francesa, e, portanto, tutelava e protegia o indivíduo em sua liberdade e patrimônio.

Tais ideais inspiraram a formação do Estado Liberal Clássico, que preconizava dois princípios: autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos. Assim, o Código de 1916 foi baseado nisso, bem como no Código Civil de Napoleão, e possuía três grandes personagens principais: o marido, o proprietário e o contratante.

O marido era o senhor da família, possuidor do pátrio-poder e diante do qual se curvavam sua esposa e filhos. O proprietário, cujo exercício do direito de propriedade era amplo e plenamente garantido, com pouquíssimas limitações. O contratante também possuía plenos poderes para contratar, pois o princípio da autonomia da vontade era quase que absoluto.

¹ Juíza de Direito Titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Nilópolis, Integrante da Terceira Turma Recursal Cível do TJ/RJ.

O juiz tinha um papel extremamente legalista, de mero aplicador da lei, manifestando-se em linguagem tecnicista a corroborar o individualismo caracterizador do referido Diploma Legal.

Com o tempo, o Estado Liberal, contaminado pela própria liberdade preconizada, começou a decair. Os contratos, baseados no princípio da autonomia da vontade, começaram a se fragilizar em razão da sobreposição da autoridade do mais forte sobre o mais fraco, acarretando desigualdades substanciais insolúveis.

Assim, percebeu-se que tal modelo legal não mais poderia prevalecer, já que era imperiosa uma maior intervenção Estatal nas relações privadas, a fim de se propiciar uma igualdade material, e não apenas formal, de molde a proteger o economicamente mais fraco.

Surge, assim, o Estado Social, que foi recepcionado pela CRFB/1988, a chamada “Constituição Cidadã”, voltada para o ser humano real, analisando-se suas fragilidades e fraquezas. Nos dizeres do insigne professor Capanema, uma Constituição principiológica, vale dizer, uma carta de princípios em que foram incluídos valores fundamentais inspiradores aos legisladores.

Isso se verifica pela mera leitura do artigo 1º, inciso III, da referida Carta Magna, em que foi incluído o valor Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Brasileira, vale dizer, seu alicerce.

No artigo 3º, incisos I e III, também foi incluída a solidariedade social como forma de se romper o individualismo que marcava o sistema então vigente.

Com o novo modelo introduzido pela CRFB/88, que culminou no pós-positivismo e filtragem constitucional, a Constituição passou a ser o ápice e vértice do nosso sistema jurídico, de onde todos os outros ramos do Direito passaram a ser analisados à luz do referido Diploma, acabou a dicotomia entre o direito público e privado. Passou-se a se falar em Direito Civil Constitucional como uma releitura dos Institutos do Direito privado à luz das normas constitucionais.

Para o professor Capanema, o que antes era uma antinomia, deve ser visto sob novo enfoque, devendo haver uma integração simbiótica entre

estes dois ramos para se atender à nova ordem jurídica e social.

Na esteira deste novo modelo, nasceu o CC/02, recebido com grandes resistências doutrinárias.

Isso porque, segundo a Doutrina civilista majoritária à época, o CC/02 nasceu defasado, tendo grandes falhas no direito de família e sucessório. No entanto, possuiu enormes grandezas ao recepcionar os princípios.

Para o professor Capanema, o Código Civil de 2002 está fundado em três grandes paradigmas: 1. A função social do direito, ou seja, o direito como uma ferramenta de grande valia para a sociedade; 2. A efetividade ou operacionalidade, como a necessidade de um direito efetivo, que realiza a justiça concreta; 3. A boa-fé objetiva, como a maior inovação, segundo a doutrina majoritária, instituto a ser observado como regra obrigatória de conduta, quase um dever jurídico.

Nesse passo, adotaram-se as regras do direito alemão das cláusulas abertas, através de princípios e valores fundamentais, permitindo-se ao operador do direito a interpretação no caso concreto, a não a mera aplicação fria e literal do dispositivo.

Por conta de tais cláusulas abertas, houve quem criticasse e profetizasse que o CC/02 seria um Código Ditador, monopolizado pelos Juízes. Mas, ao contrário, o que se teve foi um código do cidadão.

O professor Capanema enumera diversos exemplos de eficácia constitucional na aplicação do CC/02, a saber: os direitos da personalidade preconizados nos artigos 11 a 21 do Código, onde inclusive foi positivada uma tutela preventiva e repressiva para estes direitos, tornando-os absolutos, impenhoráveis, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. O Código revogado somente se referia à personalidade destacando o seu início e fim.

Assim, foram disciplinados o direito ao nome, à honra, ao sigilo, à privacidade, ao consentimento informado, que mudou a relação médico-paciente, já que hoje o profissional deve informar ao seu cliente todos os riscos e informações sobre as consequências da cirurgia.

A norma do artigo 187 do CC/02, que traz a Teoria do abuso do

direito e a boa-fé como limite ao exercício de um direito subjetivo, sendo gerador de responsabilidade civil objetiva.

A lesão nos contratos, como defeito dos negócios jurídicos, foi inserida no artigo 157 do CC/02 para garantir a igualdade contratual, sendo causa de anulabilidade do negócio jurídico celebrado, com base na boa-fé objetiva.

A propriedade, que no CC/1916 era quase um direito absoluto, foi mitigada e subsumida ao interesse social, como se pode verificar da norma contida no parágrafo primeiro do artigo 1.228 do CC/02, em que se verifica que o legislador submeteu o exercício da propriedade à preservação da fauna, flora, além do patrimônio histórico e artístico.

O parágrafo segundo do mesmo artigo veda todos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, ou que prejudiquem terceiros. Aqui o legislador positivou o abuso do direito aplicado ao direito de propriedade.

Os parágrafos quarto e quinto também trazem exemplos de cláusulas abertas, que prescindem de uma interpretação por parte do aplicador da lei na complementação de tais regras, e da preocupação social com o exercício do direito de propriedade.

Em relação ao direito de família, houve alguns avanços. Hoje o marido não é mais o senhor absoluto da instituição familiar, pois o CC/02 garante absoluta igualdade entre marido e mulher. O pátrio-poder, outrora exercido exclusivamente pelo marido, foi substituído pelo poder familiar, exercido em comunhão pelo casal. Em relação aos filhos menores, hoje o princípio norteador é o do melhor interesse da criança. Como imperativo lógico da dignidade da pessoa humana, o Estado não interferirá na família, que pode livremente decidir quantos filhos terá, quando e como os terá, sem qualquer interveniência.

No direito das sucessões, a grande mudança foi atinente ao cônjuge, que hoje concorre com os herdeiros necessários, dependendo do regime de bens.

Quanto ao direito das obrigações, a autonomia da vontade, que era quase que um direito absoluto no regime anterior, foi mitigada com o CC/02,

e hoje só pode ser exercida nos limites da função social do contrato.

Ou seja, o legislador quis evitar que a celebração do contrato possa trazer efeitos nocivos à sociedade, de modo que ele não seja obrigatório apenas aos contratantes, mas desborde para toda a sociedade.

Isso se verifica claramente na norma insculpida no artigo 421 do CC/02, sendo cláusula geral imiscuída em todos os contratos.

Veja-se, a este respeito, os seguintes arestos jurisprudenciais, *in verbis*:

“TJRJ – DES. PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 28/03/2012 - SEXTA CÂMARA CÍVEL – Processo Nº.: 0009218-77.2010.8.19.0202 Cível. Consumo. Reajuste de plano de saúde por mudança de faixa etária. Pretensões de nulidade de cláusula, repetição em dobro do indébito e indenização por danos morais. Sentença de procedência parcial. Apelação da parte ré. Prescrição. Questão ligada a parte do pedido inaugural que não foi acolhida pela sentença. Ausência de recurso da autora em relação a este tópico. Matéria que restou transitada em julgado. Inexistência de utilidade recursal nesta postulação. Prejudicial que se mostra prejudicada. Não conhecimento desta parte do recurso, senão em seu restante. Reajuste por faixa etária, em valor que se mostra abusivo e em desconformidade com as normas descritas no CDC e Estatuto do Idoso. Princípio da autonomia da vontade que deve ser balizado pela função social do contrato e tendo como fiel da balança o princípio da dignidade da pessoa humana. Precedente do E. STJ. Recurso que se conhece parcialmente e, que nesta parte, se rejeita. Manutenção da sentença.”

“TJRJ – DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 28/03/2012 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL – Processo Nº.: 0004144-98.2006.8.19.0067 AGRAVO INTERNO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CEDAE. Hipótese de aplicação do artigo 557, do CPC. Unidade desabitada. Ausência de fornecimento do serviço. Cancelamento do débito. Refaturamento de contas. Observância da média de consumo definida na pe-

rícia técnica. Parcelamento do débito admissível. Incidência da cláusula geral da função social do contrato que permite ao aplicador da norma estabelecer a construção específica de diretriz legislativa. Mitigação do princípio da autonomia de contratar ante a presença da essencialidade do serviço e o interesse superior de atendimento à dignidade da pessoa humana, consistente na manutenção daquele serviço através do pagamento diferido do débito. Decisão mantida. Recurso desprovido, com imposição de multa.”

O artigo 422 também traz norma que obriga os contratantes a observarem na conclusão e execução do contrato a boa-fé, de modo que o juiz, ao interpretar um contrato, deve fazê-lo à luz da boa-fé objetiva, e verificar se os contratantes tiveram uma conduta adequada, correta, leal e honesta nas relações contratuais.

A boa-fé objetiva ou normativa, como acima ressaltado, é considerada pela doutrina a maior inovação incorporada ao CC/02.

Parafraseando o insigne professor Sergio Cavalieri Filho:

Três são as funções da boa-fé objetiva no novo Código: a) regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113); b) fonte de deveres instrumentais ou secundários dos contratos (art. 422); c) limite ao exercício dos direitos subjetivos (art. 187). Nesta terceira hipótese – que está sendo objeto de exame – a boa-fé representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência sócia. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, trata-se de um limite que deve ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. E assim é porque a boa-fé é o princípio cardeal do novo Código, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas. Considera-se

violado o principio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e confiança esperáveis..... Resulta do exposto que a boa-fé, como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo, passou a ser um cinto-de-segurança da ordem jurídica, além do qual não se pode ir sem incorrer em ilicitude.²

A seguir, colaciono alguns arestos jurisprudenciais nesse sentido, *in verbis*:

“STJ – REsp 1255315 / SP – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma – Julgamento: 13/09/2011 CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS.

1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito.

2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei.

3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a

² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 168/170.

partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição.

4. A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais.

5. Os valores fixados a título de danos morais e de honorários advocatícios somente comportam revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que se mostrarem exagerados ou irrisórios. Precedentes.

6. A distribuição dos ônus sucumbências deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos. Precedentes.

7. Recurso especial não provido.”

“TJRJ – DES. ALEXANDRE CAMARA - Julgamento: 12/04/2012 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Processo Nº.: 0134913-62.2010.8.19.0001 *Direito Civil. Direito Processual Civil. Demanda declaratória de inexistência de dívida e de nulidade de cláusula contratual. Sentença de improcedência. Reiteração dos agravos retidos. Juiz que, sendo o destinatário da prova, deve indeferir as provas que considerar inúteis à formação de seu livre convencimento motivado. Pedidos que dependem tão-somente da apreciação de prova documental já produzida nos autos. Desnecessidade de inversão do ônus da prova. Alegada hipossuficiência técnica que não tem qualquer relação com a prova a ser produzida. Plena possibilidade de o demandante trazer tais elementos de convencimento aos autos do processo, tornando-se absolutamente desnecessária a pretendida inversão. Efeitos materiais da revelia que, mesmo ante a ausência de contestação em*

*um dos processos, não poderia se operar. Intenção de não impugnar os fatos narrados pelo autor que deve ser extraída do conjunto da defesa, o que não ocorre no caso concreto. Incidência do art. 302, III, do CPC. Desprovemento dos agravos retidos. Apelação Cível. **Negócios jurídicos que devem ser interpretados à luz da vontade das partes e da boa-fé objetiva.** Contrato de adesão. Existência de contradição entre cláusulas decorrentes do equivocado preenchimento do instrumento da avença. Interpretação mais favorável ao aderente. Incidência do art. 423 do CC. Ausência de controvérsia acerca do pagamento das 10 parcelas mencionadas no contrato. Declaração de inexistência de dívida que se impõe. Cláusula de eleição de foro que, se fosse invocada, dificultaria o exercício dos direitos de ação e de defesa pelo aderente. Nulidade. Recurso provido liminarmente.”*

CONCLUSÃO

Conclui-se, a partir do exposto, que a constitucionalização do Direito Civil reveste-se de singular importância para uma hermenêutica cada vez mais pulverizada pelos princípios e valores de ambas as áreas jurídicas. Trata-se, pois, de uma leitura sistêmica tanto no âmbito civilista quanto no Direito Constitucional, numa perspectiva harmônica e complementar.

A rigidez dos dispositivos do Código Civil de 1916 foi atenuada pela nova codificação promulgada no ano de 2002, que veio enraizada por princípios e valores consagrados pela Constituição Cidadã de 1988.

Neste diapasão, cabe, sobretudo ao magistrado, não uma mera aplicação fria e literal de dispositivos, e sim uma análise crítica da situação a ele submetida que prime pela interpretação através de princípios e valores fundamentais. Assim, garantir-se-á uma justiça sólida e concreta, tornando-se indispensável à segurança jurídica no Estado Democrático de Direito. ♦