

Os 10 Anos do Código Civil - Síntese Final -

Rodrigo Faria de Sousa¹

O Código Civil (Lei 10.406/02) completa dez anos de existência e, em sua homenagem, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro organizou evento à altura da sua importância, convidando diversos ícones na matéria, tais como os Desembargadores Silvio Capanema, Marco Aurélio Bezerra de Mello e Sergio Cavalieri, que, em suas brilhantes exposições, ressaltaram pontos controversos, mencionaram princípios e lecionaram sobre diversas inovações e equívocos do legislador, servindo para o aprofundamento e engrandecimento cultural de todos aqueles que desfrutaram dos seus conhecimentos.

Em que pesem a notoriedade e conhecimento dos demais palestrantes, mereceram destaque os ensinamentos do Desembargador Silvio Capanema, que, com a inteligência, competência e simpatia que lhe são peculiares, cativou, como sói acontecer, todos os operadores do direito presentes, razão pela qual busco, em síntese, mencionar os pontos nodais da sua apresentação.

Preambularmente, o Desembargador aposentado, advogado e doutrinador de escol ressaltou a vertente da socialidade consagrada pelo Código Civil, consagrando a predominância do caráter social do direito sobre os direitos individuais, o que contrastou com o caráter individualista do Código de Bevilacqua (Código Civil de 1916).

Esclareceu que a concepção individualista do antigo Código decorreu dos ideais da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, consagrados pela Revolução Francesa de 1789 e que, poucos anos depois, serviram de base

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso de Nilópolis.

quando da edição do Código Napoleônico.

Nessa seara, mencionou os princípios da função social da posse, da propriedade e da função social dos contratos, salientando que todos os fatos e atos jurídicos devem ser levados em consideração de maneira mais ampla, não se limitando sua análise apenas aos efeitos produzidos entre os integrantes da relação jurídica, mas sim em toda a sociedade.

Salientou que no Código Civil de 1916 o legislador reconhecia o sexo masculino como superior, elegendo-o como o chefe da sociedade conjugal e submetendo as mulheres casadas, assim como os silvícolas, às regras da semi-imputabilidade. Tanto era assim que tal poder era denominado pátrio poder. Já o atual Código Civil, observando o princípio constitucional da isonomia, reconheceu a existência da igualdade entre homens e mulheres, consagrando que ambos são os responsáveis pela administração familiar, pela educação dos filhos, devendo ser observado, na hipótese de divergência, não a vontade do genitor, mas sim o melhor interesse da criança e do adolescente. Substituída foi, então, a expressão para poder familiar.

Ainda levando em consideração a isonomia entre homens e mulheres, o legislador teve a preocupação de substituir a expressão “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, o que poderia dar margem à interpretação restritiva que limitaria o sujeito de direitos ao sexo masculino, para a expressão “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Prosseguiu sua ineludível explanação ressaltando a substituição do princípio da boa-fé subjetiva pelo da boa-fé objetiva, transformando o que era apenas uma exortação ética a um dever jurídico de todos os contratantes, em todas as fases do contrato.

O Código Civil de 2002, ainda segundo o palestrante, ampliou as espécies de anulabilidade dos atos jurídicos, fazendo expressa menção aos institutos do estado de perigo e da lesão, que anteriormente eram previstos e consagrados apenas na legislação de outros países e em posicionamentos jurisprudenciais pátrios isolados.

Destacou ainda que o legislador infraconstitucional, ao elaborar o Código Civil atual, em flagrante mudança da técnica legislativa, optou por ampliar de maneira considerável o poder dos magistrados, o que lhes dá

ainda maior responsabilidade, tendo em vista a adoção de diversas cláusulas abertas, de diversos conceitos jurídicos indeterminados; isso possibilita ao julgador avaliar casuisticamente, ou seja, levando em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, as circunstâncias de modo, tempo e lugar, os costumes da sociedade local, etc.

Asseverou que o direito privado, ao contrário de outrora, não pode mais ser compreendido como um ramo diverso do Direito, diametralmente oposto ao do direito público, uma vez que ambos se encontram interligados, sendo necessário e primordial se compreender o direito de uma maneira sistemática, interpretando suas normas de acordo com o direito constitucional vigente.

Também mereceu destaque a palestra do nobre integrante do Ministério Público e Professor José Maria Leoni, que, em sua exposição, mencionou diversos pontos controvertidos do direito de família, dentre eles a existência ou não, no ordenamento jurídico pátrio, da separação judicial, após o advento da Emenda Constitucional nº 66.

Informou que após a referida Emenda, duas posições doutrinárias antagônicas se formaram: uma consagrando a extinção da separação judicial e a conseqüente revogação de todas as normas que a ela se referem e outra sustentando que ainda permanece viável a separação judicial, seja ela litigiosa ou consensual.

A primeira corrente acima mencionada, a qual o palestrante integra, sustenta que não há mais a possibilidade de se discutir eventual culpa entre os cônjuges para que se dissolva o vínculo conjugal, sendo certo que, uma vez casados e pretendendo não mais assim subsistir, restaria apenas o ajuizamento de ação de divórcio.

O supramencionado palestrante levou à baila, ainda, o controvertido reconhecimento das sociedades homoafetivas, mencionando o famoso Acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que reconheceu como união estável a união entre pessoas do mesmo sexo.

Muito embora tenha ressaltado seu posicionamento contrário à decisão do Tribunal Superior, sustentou que, partindo da premissa consagrada no referido voto que prevaleceu, é mister admitir a conversão da

união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, o que, segundo afirmou, já foi reconhecido através de *leading case* recentemente julgado pelo 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 PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ 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, vigente 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. 132/RJ 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 casamen-

to, 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 partíci-

pes, 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 auto-afirmação 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.

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, exatamente por não ser comprometido 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. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. Data do Julgamento: 25/10/2011.”

Foi além o nobre palestrante, sustentando que, partindo da premissa do STF, não é razoável admitir apenas a conversão da união estável entre parceiros homoafetivos em casamento, devendo ser admitido o próprio casamento direto.

Salientou ainda que o legislador, em especial após a edição de algumas leis posteriores a 2002 que modificaram o Código Civil, reconheceu, no direito de família, a possibilidade de serem fixadas guardas compartilhadas e alternadas, sempre se observando o caso concreto e o melhor interesse do menor.

Sustentou também o palestrante a possibilidade de se afastar o dever de fidelidade recíproca através de pacto antenupcial, uma vez que tal norma não possuiria natureza cogente, podendo, dessarte, ser afastada através da manifestação de vontade entre as partes.

As matérias jurídicas acima mencionadas correspondem apenas a alguns dos diversos pontos lecionados durante o Curso 10 anos do Direito Civil, sendo necessário mencionar que a relevância do tema, assim como o profundo conhecimento jurídico dos palestrantes, proporcionaram momentos de grande satisfação e aprimoramento técnico àqueles que se encontravam presentes. ◆