

# Dez Anos do Código Civil

**Mariana Moreira Tangari Baptista<sup>1</sup>**

O Código Civil de 1916 estava ultrapassado há muito tempo quando do advento do Código Civil de 2002. Muitas de suas normas já eram mitigadas pela jurisprudência, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988.

O Código Civil de 1916 foi resultado do direito liberal, em que se prestigiava o individualismo, o patrimonialismo, o positivismo.

Segundo Sylvio Capanema de Souza, o Código Civil de 1916 tinha três personagens principais: o marido, o contratante e o proprietário. Era a solidificação dos princípios liberais.

O Estado Liberal acabou por gerar a opressão do mais forte ao mais fraco. Surgiu, então, o Estado Social, período em que nasceu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição Cidadã), prevendo como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e solidariedade social (arts. 1º, III e 3º, II, da CRFB).

Com a Constituição de 1988 o princípio da utilidade, que fundamentava a separação entre o Direito Público e o Direito Privado, foi substituído pelo princípio da utilidade preponderante, que implica uma linha divisória mais tênue entre o Direito Público e o Direito Privado. Fala-se em uma publicização do direito civil.

Surgiu o direito civil constitucional, que impõe uma releitura do direito civil à luz dos princípios constitucionais. Um exemplo é a dedicação de um capítulo aos direitos da personalidade, com previsão expressa sobre a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

O Código Civil de 2002 inspirou-se em três grandes paradigmas:

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito em exercício no XVIII Juizado Especial Cível.

função social do direito, efetividade ou operacionalidade e equidade ou solidariedade. Preocupou-se com a realização da justiça concreta.

No direito das obrigações a autonomia da vontade, que era ilimitada no Código Civil de 1916, passou a ser limitada pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva, que deve estar presente nas tratativas, na contratação e na execução do contrato. Todo contrato deve observar os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social (art. 422 do Código Civil - eticidade, honestidade, lealdade - dever recíproco de cooperação entre os contratantes).

O art. 187 do Código Civil de 2002 passou a prever o abuso de direito como ato ilícito. Também há previsão expressa sobre o estado de perigo (art. 156) e a lesão (art. 157) como defeitos do ato jurídico. Com isso, foi ampliado o rol de defeitos do ato jurídico, que autorizam a sua anulação, a fim de garantir que os contratos nasçam justos e solidários e que seja observada a boa-fé objetiva.

Quanto à propriedade, que era intocável no Código Civil de 1916, no Código Civil de 2002 foi desmistificada e mitigada. Um exemplo é o art. 1.228, § 1º, que dispõe que a propriedade deve ser exercida de forma que seja preservada a fauna, a flora, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, sendo evitada a poluição do ar e das águas.

O § 2º do mesmo dispositivo legal prevê o abuso de direito aplicado ao direito de propriedade - ato emulativo.

Já os §§ 4º e 5º, do art. 1.228, são exemplos de cláusulas abertas, pois permitem ao Juiz privar o proprietário da propriedade em favor dos possuidores de boa-fé, fortalecendo a posse social em detrimento da propriedade ociosa. O Código Civil de 2002 adotou a técnica das cláusulas abertas (direito alemão).

Um exemplo prático em que a propriedade cedeu à posse social foi o caso julgado pelo STJ no Recurso Especial 75659/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior - o caso favela Pulman. No primeiro grau a sentença foi favorável aos proprietários. Já no segundo grau, reformou-se a sentença para assegurar a posse, independentemente da usucapião, simplesmente

com base na função social da posse (posse social). O STJ confirmou o acórdão:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido.

O direito à propriedade continua existindo e é direito fundamental (art. 5º, XXII, da CRFB), mas quando o exercício da propriedade não atende sua função social e existe do outro lado uma posse que é social, deve-se fazer uma ponderação de interesses ou de princípios para, no caso concreto, ser prestigiada a posse social. Isso porque, como vimos, a propriedade deve atender a sua função social (art. 5º, XXIII, da CRFB).

O Código Civil de 2002 reduziu todos os prazos para usucapião, pois se o proprietário não cumpre a função social da propriedade, ele perde a propriedade.

No direito de Família também foram implementadas importantes modificações, tanto em relação à igualdade entre o homem e a mulher (marido e mulher, companheiro e companheira, o antigo pátrio poder vira poder familiar - art. 233 do Código Civil de 1916 e art. 1.511 do Código Civil de 2002), quanto pela aplicação do princípio do melhor interesse do menor.

A Constituição da República de 1988 já tinha previsto a igualdade entre o homem e a mulher, reconhecido a união estável e disposto sobre o princípio do melhor interesse do menor (arts. 226, §§ 4º e 5º e 227 da CRFB). A sociedade há muito reclamava por tais modificações. São mudanças jurídicas que decorreram de mudança social, basicamente em relação às mulheres.

Com a inserção das mulheres no mercado de trabalho, o advento da pílula, do exame de DNA, das técnicas de procriação sem sexo, houve uma mudança social que reclamava uma mudança jurídica.

O Código Civil de 1916 discriminava os filhos espúrios. O art. 226, § 6º, da Constituição da República acabou com essa discriminação.

O Código Civil de 2002 instituiu a guarda compartilhada em contrapartida à guarda unilateral do Código Civil de 1916 (art. 1.583 do Código Civil de 2002). No sistema anterior a guarda era atribuída ao cônjuge inocente. Havia uma guarda unilateral de privilégio, pois o dever de fidelidade que têm os cônjuges não tem nenhuma relação com o dever dos pais relativamente aos filhos.

O Juiz pode determinar que a guarda seja compartilhada, ainda que não haja acordo entre os pais. É direito subjetivo da criança, direito fundamental, de ter convívio saudável com ambos os genitores. A Lei 12.318, em seu art. 3º, veda a alienação parental.

Na Constituição de 1946 a família era constituída pelo casamento. Na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, o casamento tinha a proteção do Estado. A Constituição da República de 1988 protege o casamento, a união estável e a família monoparental (arts. 226, §§ 1º a 4º da CRFB).

Segundo o professor José Maria Leone e grande parte da doutrina, o elenco do art. 226 da Constituição da República é exemplificativo, ou seja, podem existir outras formas de família.

Um exemplo é o art. 1.588 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre possibilidade de uma família recomposta, ou seja, pessoas que tiveram um relacionamento anterior com filhos, e passam a outro, seja união estável ou casamento. Essas pessoas têm direito de permanecer com os filhos,

desde que, é claro, os tratem adequadamente.

Hoje, alguns doutrinadores, inclusive o professor José Maria Leoni, entendem que o dever de fidelidade pode ser afastado no pacto antinupcial.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo que não é possível equiparar casamento putativo com mais de uma união estável ou união estável e casamento contemporâneos. No AgRg no REsp 1267832 / RS, relator Ministro Jorge Mussi, o STJ decidiu dessa forma:

PREVIDENCIÁRIO. CONCUBINATO ADULTERINO. RELAÇÃO CONCORRENTE COM O CASAMENTO. EMBARAÇO À CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL APLICAÇÃO. IMPEDIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável. 2. Agravo regimental improvido.

A família homoafetiva vem sendo reconhecida pela jurisprudência e doutrina contemporâneas. O STF na ADIN 4.277 reconheceu que é possível se aplicar o regime jurídico da união estável aos parceiros homoafetivos e, mais que isto, reconheceu a existência de família homoafetiva.

No Recurso Especial 827962 / RS, de 08 de agosto de 2011, relator Ministro João Otávio de Noronha, o STJ reconheceu a possibilidade de união estável entre homossexuais e também destacou que a união homoafetiva tem caráter de entidade familiar. A ementa é a seguinte:

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. “A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discrimi-

minatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas”. 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido.

No Recurso Especial 1183378 / RS, de 01 de fevereiro de 2012, relator Ministro Luis Felipe Salomão, o STJ decidiu que não inexistem empecilho à habilitação de casamento via conversão. Vejamos a ementa:

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 direi-



to 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. 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 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 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). 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 mes-



mo 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.

Do exposto se conclui que o Código Civil de 2002 veio para atender aos reclamos da modernização da sociedade, mas pouco inovou, já que a jurisprudência já vinha mitigando as normas retrógradas existentes no Código Civil de 1916, principalmente depois da Constituição da República de 1988, que deu ensejo à constitucionalização do direito civil.

Embora sejam inegáveis os benefícios advindos no Código Civil de 2002, como disse o professor Sylvio Capanema em muitas de suas aulas

assistidas por esta Magistrada, o Código Civil vigente já nasceu velho, pois deixou de inovar em muitas questões, como no art. 1.723, que dispõe somente sobre a união estável entre o homem e a mulher, excluindo a união homoafetiva.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência estão atentas às mudanças sofridas pela sociedade e buscam interpretar o Código Civil de acordo com elas e com as normas constitucionais que garantem os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. ♦