



Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13

# 10 Anos do Código Civil

Aplicação, Acertos, Desacertos e  
Novos Rumos

Volume II

CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL  
APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS  
RIO DE JANEIRO, 29 E 30 DE MARÇO DE 2012

Rio de Janeiro  
EMERJ  
2013



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13**

# **10 Anos do Código Civil**

## **Aplicação, Acertos, Desacertos e**

### **Novos Rumos**

VOLUME II

**CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS  
E NOVOS RUMOS - RIO DE JANEIRO, 29 E 30 DE MARÇO DE 2012**

**Rio de Janeiro  
EMERJ  
2013**

© 2013 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Trabalhos de magistrados participantes do Curso 10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, realizado em 29 e 30 de março de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

**Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.**

**Editor:** Irapuá Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rafaelle Neves;  
**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: aplicação, acertos,  
desacertos e novos rumos, 2012, Rio de Janeiro.

10 anos do código civil: aplicação, acertos, desacertos  
e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.  
2 v. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13)

ISBN 978-85-99559-15-4 (v. 1)  
ISBN 978-85-99559-16-1 (v. 2)

1. Código Civil, Brasil (2002). I. EMERJ. II. Série. III.  
Título.

CDD 342.1081

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

**www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br**

# *Diretoria da* EMERJ

## ◆ DIRETORA-GERAL

Des<sup>a</sup>. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

## ◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des<sup>a</sup>. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

## ◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

## ◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des<sup>a</sup>. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

## ◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

## ◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

## ◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



**EMERJ**

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	9
<b>Posse e Usucapião Extraordinária</b>	
<i>Maria Daniella Binato de Castro</i> .....	11
<b>10 Anos do Código Civil Brasileiro</b>	
<i>Maria do Carmo Alvim Padilha Gerk</i> .....	16
<b>O Direito Sucessório do(a) Companheiro(a) no Novo Código Civil</b>	
<i>Maria Isabel Paes Gonçalves</i> .....	27
<b>Dez Anos do Código Civil</b>	
<i>Mariana Moreira Tangari Baptista</i> .....	44
<b>Os Dez Anos de Vigência do Código Civil</b>	
<i>Marisa Balbi Rosembak</i> .....	54
<b>Aspectos da Responsabilidade Civil Extracontratual Objetiva no Código Civil/02</b>	
<i>Maurício Chaves de Souza Lima</i> .....	60
<b>O Princípio da Dignidade Humana como Gênese das Inovações no Direito de Família</b>	
<i>Mírian T. Castro Neves de Souza Lima</i> .....	66
<b>Harmonização dos Direitos Fundamentais Constitucionais: Direito à Privacidade e Direito à Liberdade de Expressão</b>	
<i>Monica Labuto Fragoso Machado</i> .....	74
<b>Inadimplemento das Obrigações</b>	
<i>Mônica Ribeiro Teixeira</i> .....	90

<b>Da Função Social da Propriedade: Uma Outra Perspectiva</b> <i>Natascha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira</i> .....	98
<b>Consequências do Inadimplemento das Obrigações</b> <i>Natascha Maculan Adum Dazzi</i> .....	106
<b>10 Anos do Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos</b> <i>Octavio Chagas de Araujo Teixeira</i> .....	118
<b>10 Anos do Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos</b> <i>Paloma Rocha Douat Pessanha</i> .....	124
<b>O Código Civil de 2002 – Utopias e Ufanismos</b> <i>Paulo Luciano de Souza Teixeira</i> .....	133
<b>10 Anos do Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos (A Usucapião Extraordinária no Novo Código Civil)</b> <i>Pedro Henrique Alves</i> .....	141
<b>10 Anos do Código Civil</b> <i>Priscila Abreu David</i> .....	146
<b>A Função Social dos Contratos e a Boa-Fé Objetiva no Código Civil de 2002</b> <i>Rafael Estrela Nóbrega</i> .....	152
<b>Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil Constitucional</b> <i>Rafael Rezende das Chagas</i> .....	157
<b>Dez Anos do Código Civil</b> <i>Renata Vale Pacheco de Medeiros</i> .....	162

<b>Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte: A Problemática do Crime de Roubo Perpetrado Durante o Percurso</b> <i>Renato Lima Charnaux Sertã</i> .....	168
<b>Responsabilidade Civil - Contratos - Direito de Propriedade e Posse - Direito de Família</b> <i>Roberta Barrouin Carvalho de Souza</i> .....	176
<b>Os 10 Anos do Código Civil - Síntese Final</b> <i>Rodrigo Faria de Sousa</i> .....	197
<b>Da Proteção Possessória no Estado Democrático de Direito</b> <i>Rosana Simen Rangel de Figueiredo Costa</i> .....	204
<b>10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos</b> <i>Sabrina Campelo Barbosa Valmont</i> .....	211
<b>10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos e Desacertos</b> <i>Silvia Regina Portes Criscuolo</i> .....	216
<b>A Visão do Desembargador Sergio Cavalieri Filho Sobre a Responsabilidade Civil nos 10 Anos do Código Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência</b> <i>Simone Dalila Nacif Lopes</i> .....	222
<b>A Influência da História na Evolução de Alguns Aspectos do Direito de Família</b> <i>Simone Lopes da Costa</i> .....	228
<b>A Influência da Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil de 2002</b> <i>Suzane Viana Macedo</i> .....	236

## **Da Família Moderna**

*Vania Mara Nascimento Gonçalves* ..... 242

## **Cláusulas Gerais no Código Civil de 2002: Boa-Fé Objetiva, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Função Social do Contrato**

*Veleda Suzete Saldanha Carvalho*..... 249

## **Divórcio e Separação por Escritura Pública: Possibilidade Quando Existem Filhos Menores ou Incapazes**

*Victor Silva dos Passos Miranda*..... 258

## **10 Anos do Código Civil Brasileiro - Breve Panorama do Direito Civil Sob a Ótica do Constitucionalismo**

*Viviane Alonso Alkimim* ..... 267

## **Os 10 Anos do Código Civil**

*Viviane Tovar de Mattos Abrahão*..... 273

## **Acertos e Desacertos do Código Civil - Da Incompreendida Vagueza do Livro IV**

*Yedda Christina Ching-San Filizzola Assunção* ..... 278

**Anexo 1 - Programação do Curso**..... 285

**Anexo 2 - Parecer da Enfam** ..... 291

## *Apresentação*

Por ocasião dos dez anos de vigência da nova codificação civil brasileira, em março de 2012, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a ESAJ e o CEDES, promoveu o Seminário “10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos”.

Com tema de amplo espectro o evento mereceu programação acurada que perpassou pelas inúmeras matérias que compõem o Codex, elegendando questões de profunda indagação e interesse na atualidade.

Nesta publicação da série “Aperfeiçoamento de Magistrados” apresentamos, como de costume, o conteúdo dos melhores trabalhos apresentados pelos Magistrados participantes, os quais refletem o conhecimento compartilhado com os renomados palestrantes e suas experiências na judicatura.

Com fito de difundir esse conhecimento, trazemos a público, em dois volumes, o teor da produção acadêmica proveniente de tão profícua interação.

**Desembargadora Leila Mariano**

*Diretora-Geral da EMERJ*



**EMERJ**

# Posse e Usucapião Extraordinária

**Maria Daniella Binato de Castro<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva um breve estudo sobre o instituto da posse e sua relação com a figura da prescrição aquisitiva em sua modalidade extraordinária, prevista nos artigos 1.238 e 1.261 do Código Civil.

## DESENVOLVIMENTO

A prescrição aquisitiva, ou usucapião, é meio de aquisição da propriedade por meio da posse, portanto, torna-se imperativo um breve delinear sobre tal instituto.

## POSSE

O Código Civil, no artigo 1.204, preceitua ser a posse “o exercício de fato de um dos poderes inerentes à propriedade”<sup>2</sup>. Os poderes inerentes à propriedade são: uso, gozo e disposição do bem. Adquire-se a posse, ainda pela leitura do mesmo artigo, a partir do momento em que se torna possível o exercício em nome próprio de um desses poderes.

É originária a posse quando se dá mediante ato unilateral do agente, desprovida de qualquer vínculo com antigos possuidores. Modernamente, no entanto, é muito reduzida tal possibilidade de aquisição, constituindo-se em maior número relativamente às coisas móveis. São exemplos a posse

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro).

sobre coisas sem dono ou sobre coisas abandonadas.

Por sua vez, ocorre a posse *derivada* quando há vínculo com o possuidor anterior. Em geral, tal vínculo advém de ato ou negócio jurídico bilateral. Há um inteiro relacionamento entre o domínio atual e o anterior, isto é, entre o sucessor e o antecessor. São exemplos a compra e venda, o contrato de mútuo, a comistão, especificação etc.

No contexto da usucapião, embora de uso comum e frequente, o termo abandono possui conceito de extrema relevância. De fato, não basta para se configurar o abandono que o sujeito deixe de exercer continuamente a posse, já que esta, assim como a propriedade, é, em tese, perpétua, não se extinguindo pelo simples desuso com relação às coisas. Faz-se mister que haja um contexto volitivo de renúncia; a ausência prolongada e o desinteresse revelado pelo possuidor são circunstâncias indicativas do abandono por falta de diligências de um interessado cuidadoso.

Da mesma forma, quem perde algo não abandona a coisa enquanto não abrir mão de sua procura. Coisa perdida não é coisa abandonada, são conceitos separados e distintos.

Tais apontamentos são de suma relevância quando nos propomos a interpretar as figuras da usucapião ordinária e extraordinária presentes em nosso Código.

A usucapião ordinária, no entanto, prescinde de maior atenção, já que resta clara na lei. A divergência hermenêutica maior se estabelece quanto à figura da *prescrição aquisitiva extraordinária*.

## USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

A usucapião extraordinária é aquela que se adquire em 15 (quinze) anos, salvo se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo sendo, nesse caso, o lapso de tempo de 10 (dez) anos, mediante prova de posse mansa e pacífica e ininterrupta, independentemente de justo título e boa-fé, nos termos do artigo 1.238 do Código Civil Brasileiro.

São requisitos da usucapião extraordinária: a posse mansa, pacífica

e contínua (posse qualificada); o decurso do prazo de 15 (quinze) anos ou de 10 (dez) anos no caso do usucapiente ter estabelecido a sua moradia ou se tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, (posse qualificada com privilégio) e a sentença judicial;

Urge destacar, contudo, que o fato de a lei possibilitar a ausência de boa-fé e título para a caracterização da prescrição aquisitiva não implica desqualificá-la de figura oriunda da posse, e essencial, da posse originária, ou seja, ainda resta necessário que o bem da vida seja coisa sem dono ou abandonada. A posse é pré-requisito à pretensão usucapienda; boa-fé e título são características da posse, que confluem para as benesses da usucapião ordinária e especial.

Outro aspecto relativo à posse e que pede devida atenção quando examinada à luz do instituto prescritivo se dá no que toca aos seus meios de obtenção e exercício.

O diploma civil pátrio prescreve em seus artigos 1.200 e 1.208:

*Art. 1200: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.*

*Art. 1208: “Não induzem a posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.*

Posse *violenta* é a maneira de consecução do ato espoliativo, em que, mediante constrangimento físico ou moral praticado contra o possuidor ou contra quem possuir em nome dele, toma-se a posse de algo. Configura-se pela utilização de força física, ou por intermédio da *vis compulsiva*. Prescinde de confronto material ou tumulto entre as partes conflitantes.

*Clandestina* é a posse cujo vício se manifesta pela ocultação do ato espoliativo, de forma que o possuidor não tenha conhecimento dele. Não é necessária a intenção de esconder ou camuflar, o conceito é objetivo. Deve haver possibilidade de a posse ser conhecida daqueles contra os quais se pretende invocar a prescrição e daqueles que a ela poderão apresentar

oposição. A aparência de posse dada àqueles que em nada se interessam, não conta como exercício de posse aparente.

*Precária*, por sua vez, é a posse que resulta de abuso de confiança por parte daquele que, tendo se comprometido a devolver certo bem, recusa-se a devolvê-lo ao legítimo proprietário.

Denomina-se assim “*equivoca*” a posse que não oferece, com um caráter suficiente de certeza, todas as qualidades requeridas para constituir uma posse útil. Do momento em que ela não é clara e incontestadamente contínua, pacífica e pública, é *equivoca*.

Portanto, por dedução lógica, define-se como injusta a posse obtida por um desses meios.

É mister destacar: **não se confunde posse injusta com má-fé.**

Posse ‘mansa e pacífica’ é justamente o oposto a posse violenta. “*Mansa*” é aquela que se obteve sem oposição do antigo possuidor, e “*Pacífica*” é aquela que se manteve sem contestação.

Ademais, no entender do próprio artigo 1.208, sequer poderia denominar-se posse o ato de detenção de coisa por intermédio da tolerância, força ou violência.

A usucapião extraordinária eximiu o pretendente à aquisição originária de demonstrar boa-fé ou apresentar título, no entanto, manteve a exigência de advir a pretensão de posse justa.

## CONCLUSÃO

Ao longo da história humana, a propriedade recebeu tratamentos diferentes por cada civilização. Cada período histórico com características políticas, econômicas e sociais diversas valorava e justificava a propriedade de acordo com as nuances de sua época.

No período romano, prevalecia o caráter absolutista da propriedade, pelo qual o proprietário poderia dela dispor da forma que melhor lhe aprouvesse. Esta visão individualista deu lugar nos dias atuais à função social da propriedade, em sintonia com o atual Estado Democrático de Direito.

Assim como a propriedade, também a posse deve obedecer a uma

função social, tornando a sociedade mais igualitária, submetendo o uso da propriedade ao interesse coletivo.

Destarte, como institutos indissociáveis, a **usucapião** é o resultado de uma **posse** exercida com fins sociais, num Estado Democrático de Direito, no qual o direito à propriedade deve ser o reflexo de sua destinação social e da evolução da própria sociedade. ♦

## REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

NUNES, Pedro. **Do Usucapião**. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito civil**. V. IV, 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

PEREIRA, Lafayette. **Direito das cousas**. Rio de Janeiro: Tip. Batista de Souza, 1922.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**, disponível em <http://www.miguelreale.com.br> (acessado em 15 de novembro de 2007).

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil, Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2007.

World Wide Web:

<http://www.planalto.gov.br>

# 10 Anos do Código Civil Brasileiro

**Maria do Carmo Alvim Padilha Gerck<sup>1</sup>**

O Código Civil de 2002 inaugurou uma nova era na ciência jurídica, colocando no primeiro livro A PESSOA, respeitando assim os princípios traçados pela Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais como valores supremos e indispensáveis para se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O Código Civil se divide em Parte Geral e Parte Especial.

O primeiro Livro da Parte Geral trata DAS PESSOAS, incluindo aí, as Pessoas Naturais ( Título I ) e as Pessoas Jurídicas ( Título II ), DOS BENS e DOS FATOS JURÍDICOS.

A parte Especial trata DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES; DO DIREITO DA EMPRESA; DO DIREITO DAS COISAS ; DO DIREITO DE FAMÍLIA e DO DIREITO DAS SUCESSÕES.

VÁRIOS AVANÇOS JÁ FORAM REALIZADOS ATRAVÉS DO CÓDIGO CIVIL, QUE CADA VEZ MAIS É INTERPRETADO COM BASE NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

## **FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E PROPRIEDADE**

A posse e a propriedade passaram a ser vista com a sua função social. O direito de propriedade, longe de ostentar um direito absoluto ou exclusivo de seu titular, torna-se um direito de dimensão social, em face do que o uso, gozo e disposição da propriedade ficam condicionados ao bem-estar

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Comarca de Duas Barras.

social, em cumprimento à sua função social. Partindo dessas ideias, alguns autores defendem, com coragem e firmeza, a prevalência da posse, fundada no direito constitucional social de moradia, sobre o próprio direito de propriedade, quando o proprietário não estiver cumprindo a função social, de modo que, na hipótese de eventual “colisão entre direitos fundamentais sociais e individuais, a preferência recairá sobre a tutela da situação fática do possuidor quando o abandono da propriedade pelo seu titular desencadear o surgimento do direito de moradia”.

A propósito, podemos citar a jurisprudência do nosso Tribunal:

*DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 03/04/2012 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL*

*AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE **POSSE**. IMÓVEL DO QUAL O AUTOR QUE FOI OBJETO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM TERCEIRO QUE NÃO POSSUI QUALQUER VÍNCULO COM O IMÓVEL. COMPROVAÇÃO DA POSSE ANTERIOR PELO AUTOR BEM COMO DA INVALIDADE DA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL PELO RÉU. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PRINCIPAL E DA LITISDENUNCIÇÃO. INCONFORMISMO DO RÉU. REINTEGRAÇÃO DE **POSSE** QUE SE MOSTRA ESCORREITA. CONCEITO DE “MELHOR **POSSE**” QUE ATENDE O **DIREITO** DA PARTE AUTORA TANTO EM UM CONTEXTO HISTÓRICO, SOB A ÉGIDE DO CC/16, QUANTO EM SUA DEFINIÇÃO ATUAL, ATENDENDO A SUA **FUNÇÃO SOCIAL**, POSTO QUE ESTA VISAVA UTILIZAR O BEM PARA FINS DE **MORADIA**, **DIREITO** CONFERIDO PELO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA, CONFORME DEMONSTRA O ALICERCE CONSTRUÍDO E, POSTERIORMENTE, DESTRUÍDO PELO APELANTE. NÃO OBSTANTE, A EXPERIÊNCIA DESTE MAGISTRADO RECONHECE QUE, EM ASSENTAMENTOS HUMANOS POPULA-*

*RES, A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADES IMOBILIÁRIAS SE DÁ INFORMALMENTE E A ASSOCIAÇÃO DE MORADORES EXERCE UM PAPEL IMPORTANTE, SEMELHANTE AO DO PRÓPRIO REGISTRO DE IMÓVEIS, SERVINDO ESTE DE AMPARO A SE VERIFICAR A ANTERIORIDADE DA **POSSE** PELA PARTE AUTORA. RÉU QUE, EM SE TRATANDO DE **POSSE** DE BOA-FÉ PRESUMIDA, TERÁ **DIREITO** À DEVOLUÇÃO DAS BENFEITORIAS REALIZADAS. TODAVIA, ESTAS SERÃO COMPENSADAS COM OS DANOS DECORRENTES DA DESTRUIÇÃO DOS ALICERCES CONSTRUÍDOS PELO AUTOR, CONFORME DECIDIDO EM SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO*

*DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 10/01/2012 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL*

*APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE **POSSE**. PERDA DA **POSSE**. TEORIA OBJETIVA. **FUNÇÃO SOCIAL**. **DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA**.*

*O C.C./02 adotou inequivocamente a teoria objetiva quanto à **posse**, de modo a tornar-se possuidor aquele que tem de fato o exercício de algum poder da propriedade. Com esta opção, o legislador ordinário efetivou o **direito** constitucional a **moradia**, pois garantiu aos possuidores que utilizam o imóvel como residência a sua proteção contra aqueles que não dão a correta destinação à **função social** da propriedade. Recurso conhecido e negado provimento, nos termos do art. 557, caput do C.P.C.*

## **INOVAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Na questão do direito de família, as modificações rápidas dos costumes da sociedade brasileira vêm sendo retratadas com forte embasamen-

to constitucional. Achei interessante a palestra do Professor Leoni, quando ele fala das diferenças culturais das décadas. Ou seja, a grande conquista da década de 60 foi a liberdade sexual conquistada com a descoberta da pílula, quando as pessoas puderam realizar com maior eficiência o planejamento familiar. E, atualmente o maior dilema do direito de família é julgar as questões familiares oriundas das inseminações artificiais, eis que podemos gerar filhos sem que sejam realizadas reações sexuais.

Outro ponto inovador do direito de família é o casamento das pessoas do mesmo sexo, que o STJ já vem reconhecendo, assim como a adoção de crianças por casais homoafetivos.

Paulo Luiz Neto Lôbo resume com excelência a alteração de paradigmas funcionais no direito de família, “relativizou-se a função procriacional. Desapareceram as funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos ... em trabalho que dediquei ao assunto, denominei esse fenômeno de repersonalização das relações familiares. É o salto à frente, da pessoa humana no âmbito familiar”, cf. **Educação: o Ensino do Direito de Família no Brasil**, p. 328.

O STJ, em recente julgado, reconheceu o casamento de pessoas do mesmo sexo:

*Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)*

*Órgão Julgador*

*T4 - QUARTA TURMA*

*Data do Julgamento*

*25/10/2011*

*Data da Publicação/Fonte*

*DJe 01/02/2012*

*Ementa*

*DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). IN-*

*TERPRETAÇÃO 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 PRINCÍPIOLÓGICA 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, 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 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 compromissado 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.*

*Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador*

*T4 - QUARTA TURMA*

*Data do Julgamento*

*21/06/2011*

*Data da Publicação/Fonte*

*DJe 08/08/2011*

*Ementa*

*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 discriminatória, 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*

## PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E DA BOA-FÉ

No direito das obrigações, também há a prevalência da função social. Na questão contratual, a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda* foram mitigados, tendo sempre que respeitar os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, estando a autonomia da vontade um tanto limitada. Os negócios jurídicos produzem efeitos também para terceiros e para a sociedade, sendo necessária a imposição de deveres anexos de cooperação e proteção das partes em prol de terceiros (art. 421 do CC).

A propósito:

*Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)*

*Órgão Julgador*

*T4 - QUARTA TURMA*

*Data do Julgamento*

*13/12/2011*

*Data da Publicação/Fonte*

*DJe 01/02/2012*

*Ementa*

*CONTRATOS E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CDC. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. LEASING. DEVOLUÇÃO DO BEM ARRENDADO. RESTITUIÇÃO DO VRG PAGO ANTECIPADAMENTE. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES RECURSAIS DESASSO-*

*CIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ.*

*1. A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do pacta sunt servanda. Precedentes.*

*2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do bem na posse da arrendadora, faz-se devido o cumprimento das parcelas vencidas e em aberto até a retomada do bem pelo arrendatário, ressalvando seu direito quanto à devolução ou compensação em seu favor dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. A diluição do valor residual ao longo do prazo contratual, cuja cobrança é feita juntamente com as parcelas das contraprestações, não impede que o arrendatário, por sua livre opção e interesse, desista da compra do bem objeto do contrato de leasing. Retomada a posse direta do bem pela arrendadora, extingue-se a possibilidade de o arrendatário exercer a opção da compra; por conseguinte, o valor residual, que antecipadamente vinha sendo pago para essa finalidade, deve ser devolvido. Precedentes.*

*3. A alegação de que o acórdão recorrido procedera à alteração no indexador pactuado no contrato de arrendamento mercantil mostra-se completamente desassociada das questões tratadas e decididas pelo acórdão, caracterizando fundamentação deficiente e, por conseguinte, óbice à exata compreensão da controvérsia, o qua atrai, de forma inexorável, a dicção da Súmula 284/STF*

*5. É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual a verificação do grau de sucumbência de cada parte, para fins de aplicação da norma contida no parágrafo único do art. 21 do CPC, enseja incursão à seara fático-probatória dos autos, vedada pela Súmula*

*7 desta Corte.*

*6. Agravo regimental não provido.*

## RESPONSABILIDADE CIVIL

Na responsabilidade civil, a adoção da teoria do risco e a objetivação da obrigação de indenizar, art. 927 do CC, demonstram que o legislador não mais se dirige para a punição do ofensor pela sua conduta culposa, porém para a reparação dos danos objetivamente sofridos pela vítima.

Assim, também a responsabilidade do concessionário de serviço público por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição vigente, que estendeu essas normas às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

## DIREITO DAS SUCESSÕES

Finalmente, na parte do direito das sucessões, avanços ocorreram com a proteção estatal à união estável e ao cônjuge sobrevivente, que passaram a ser herdeiros, na forma do art. 1.828 do CC. Herda juntamente com os descendentes e ascendentes, em uma porção discriminada, e desde que preenchidas certas condições. ♦

# O Direito Sucessório do(a) Companheiro(a) no *Novo Código Civil*

Maria Isabel Paes Gonçalves<sup>1</sup>

## 1 - INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise do direito sucessório alcançado pelos *conviventes*, desde a especial proteção à entidade familiar, imposta pela Constituição Federal de 1988, ao afirmar que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado, até a edição de 2002, do *Novo Código Civil*, no que diz respeito ao Direito sucessório do companheiro.

No âmbito da família, partindo do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída pelo casamento, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se dar a mesma proteção legal, ademais quando a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não conferiu tratamento desigual, e digamos até perverso, aos cônjuges e companheiros.

Considera-se que, sob a ótica dos Princípios Fundamentais de um Estado Democrático de Direito, instrumento de realização de uma Constituição que, ao mesmo tempo dirige e limita sua própria forma de atuar, a função jurisdicional só terá eficácia quando fundamentada numa ordem jurídica justa. Os jurisdicionados não podem conviver com a cruel dependência da interpretação deste ou daquele julgador, sujeitando-se a decisões desiguais e tantas vezes injustas. Sustenta-se com isso a ideia de que os direitos humanos positivados no sistema jurídico passam a ser direitos fun-

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

damentais e patrimônio da sociedade, cabendo ao legislador a importante tarefa de editar normas progressivas e capazes de atender a coletividade.

## 2 - DESENVOLVIMENTO

### 2.1 - O RETROCESSO DO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEGISLAÇÃO VIGENTE

#### 2.1.1 - Princípio do não retrocesso e Princípio da Igualdade

A Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, não foi por si só capaz de conceder direito sucessório aos companheiros; foi necessária lei integrativa, essencial à plenitude de sua eficácia, tendo a jurisprudência, à época, insistido em conceder a herança do parceiro aos parentes, apenas admitindo a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum<sup>2</sup>. Portanto, faltava regulamentar a norma constitucional, o que veio a ocorrer com o advento das leis especiais 8.971/94 e 9.278/96. Foi um grande passo legislativo, uma vez que com a edição dessas leis, os conviventes foram admitidos de fato como família, com direitos iguais aos dos cônjuges sobreviventes.

A Constituição deu as linhas mestras de um dos principais institutos de direito privado, o direito de família, mas não a ponto de dispensar uma regulamentação mais ampla<sup>3</sup>.

Foi então que, em 2002, surge o esperado *novo* Código Civil, que já nasceu defasado em razão de seu longo trâmite legislativo no Congresso. E, ao tratar do direito sucessório na união estável, trouxe inegável prejuízo ao companheiro, tendo um deles violado frontalmente o Princípio Constitucional da Igualdade, uma vez que promoveu o cônjuge a herdeiro necessário, ficando o companheiro na condição de herdeiro legítimo. Zeno Veloso, em obra sobre o assunto, se manifestou no sentido de que este tratamento dife-

---

2 Apelação nº 55881/2007 processo de origem nº 2002.001.28460 da 11ª Vara Cível da Capital - 8ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

3 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, v. 2, 37ª ed., revista e atualizada por Regina Beatriz Távares da Silva. São Paulo – Saraiva, 2004.

renciado não é só perverso, mas flagrantemente inconstitucional.<sup>4</sup>

Outra questão relevante mencionada por doutrinadores é o Princípio do não retrocesso social, que atendendo ao Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana dispõe pela impossibilidade de redução dos direitos sociais, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico. Luiz Roberto Barroso alerta que, apesar de não explícito, este princípio detém plena aplicabilidade porque é consequência do sistema jurídico-constitucional, e esclarece que uma lei, ao implementar um mandamento constitucional, se incorpora ao patrimônio legal da cidadania e não pode ser inteiramente suprimido.<sup>5</sup>

Assim, importante se faz uma breve evolução legislativa, partindo da Constituição Federal de 1988, passando pelas conquistas alcançadas pelos companheiros com as Leis especiais 8.971/94 e 9.278/96, para só então nos atermos aos aspectos polêmicos trazidos pelo Código Civil de 2002.

### 2.1.2 - Constituição Federal de 1988

O legislador constituinte, logo em seu artigo 1º da Constituição Federal, destaca que, a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Temos com isso que o advento dessa nova Constituição deu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais para depois pensar na organização do Estado.

No que diz respeito à parte dedicada à Família e à Sucessão, foi grande a agitação na doutrina e na jurisprudência ao se afirmar no texto constitucional que a união estável entre o homem e a mulher, para efeito da proteção do Estado, estaria reconhecida como entidade familiar. Desaparecia, a partir de um único artigo, a expressão depreciativa do *concubinato*, colocando aqueles que viviam uniões extramatrimoniais, *sem impedimentos*, na legalidade.

---

4 VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil, Direito das Sucessões**, v. 21. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

5 BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A expressão concubinato ainda é utilizada para a relação amorosa envolvendo pessoas casadas, com impedimento legal, que infringem o dever de fidelidade (adulterino). O denominado concubinato impuro não enseja a configuração da união estável, pois o objetivo desta é a constituição de família.<sup>6</sup>

Não havia mais que se falar em família legítima e ilegítima, mas em atender às necessidades de seus indivíduos e reconhecer a célula familiar independentemente da existência de matrimônio ou vínculo de sangue. Os laços de afeto passaram a traduzir a comunhão de vida, antes só reconhecida dentro do casamento. Sílvia Venosa esclarece, sobre o posicionamento legislativo pretérito, que: “Essa oposição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja católica.”<sup>7</sup>

A doutrina se dividiu e a jurisprudência assumiu o difícil papel de aplicar os novos Princípios a grande diversidade de situações, no Direito Sucessório em especial, o legislador infraconstitucional levou seis anos para regular as novas relações, e a união estável só foi admitida de fato como família, com direitos sucessórios iguais ao do casamento, com a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Lembrando que antes os companheiros só poderiam pleitear o reconhecimento da sociedade de fato, tratada como mera relação obrigacional, de modo a evitar o enriquecimento sem causa.<sup>8</sup>

### 2.1.3 - Lei 8.971/94 – Direito aos alimentos e à sucessão

Foi com essa lei que o legislador infraconstitucional finalmente regulamentou o comando constitucional e recepcionou a união estável como entidade familiar.

O artigo 1º da Lei 8.971/94 regulava o direito a alimentos, compro-

---

6 GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito das Sucessões** /Carlos Roberto Gonçalves, 10 ed. – São Paulo, Saraiva, 2008 (Coleção sinopses jurídicas, v. 4).

---

7 VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito Civil, Direito de família**, v. 6, 7ª ed, p. 35 – São Paulo – Atlas, 2007.

---

8 NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. Comentários à parte geral e a sucessão legítima, 4ª ed. – Rio de Janeiro – Lumen Juris, 2008.

vada a convivência por mais de cinco anos ou na existência de prole, enquanto não constituir família e desde que provada a necessidade, aplicava-se o disposto na Lei 5.478/68.

O artigo 2º conferiu aos companheiros direito à sucessão legítima ampliando o rol de herdeiros estabelecidos no artigo 1603 do Código Civil de 1916. Assim, na falta de herdeiros necessários, descendentes ou ascendentes, e na inexistência de testamento válido dispondo o contrário, os companheiros, e não os colaterais, sucederiam, na integralidade, na propriedade dos bens do falecido. Para tanto, a lei exigia união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole.<sup>9</sup>

Na existência de descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente sucederia no direito ao usufruto de  $\frac{1}{4}$  dos bens, inexistindo descendentes a  $\frac{1}{2}$  do bens, tal qual se havia na sucessão do cônjuge sobrevivente, direito no entanto, condicionado a sua permanência no estado de viuvez.<sup>10</sup>

Outro grande passo foi o direito a meação, considerando que até a vigência dessa lei, ao concubino, que obtivesse judicialmente o reconhecimento da sociedade de fato e a comprovação do esforço comum, só era possível obter a sua parcela do patrimônio adquirida onerosamente durante a união estável.<sup>11</sup>

Com o direito a meação<sup>12</sup>, que não se confunde com a herança, afastou-se essa injustiça e o patrimônio adquirido durante a união estável seria dividido, bastando para tanto, a comprovação da colaboração do companheiro.

---

9 GONÇALVES, Carlos Roberto – *ob.cit.*

---

10 Vide art. 2º da Lei 8.971/94. *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

---

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

---

12 Vide art 3º da Lei 8.971/94. *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

### 2.1.4 - Lei 9.278/96 – Direito real de habitação

Esta lei complementou a Lei 8.971/94 e não mais se exigiam os requisitos para caracterização da sociedade de fato, apenas reconhecia como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de homem e mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, provada a sociedade conjugal com formação de patrimônio.

O parágrafo único do artigo 7º expressamente assegurou ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, estendendo aos conviventes direito já garantido aos casados (relativamente ao único imóvel de natureza residencial), condicionando-o ainda ao estado de viuvez, à semelhança do cônjuge. Ressalta-se que a Lei 9.278/96 não exigiu para a concessão do direito real de habitação que existisse apenas um único bem imóvel a ser inventariado, o que colocou o convivente em situação privilegiada em relação ao cônjuge. Esta constatação foi alvo de muitas críticas, sobretudo, por aqueles que defendiam a supremacia do casamento frente à união estável, mas diferentemente do que pretendeu o legislador do Código Civil, suprimindo direitos em evidente retrocesso, pecou o legislador especial indo além. O importante é reconhecer que o objetivo do direito em pauta é amparar o sobrevivente, companheiro ou cônjuge, sempre em igualdade e que partilhou de uma vida comum com o falecido até o final da dissolução da união por morte; intenção que sem dúvida atende ao Princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2.2 - A CONSTITUCIONALIDADE DO CÓDIGO CIVIL

Inicialmente, cabe ressaltar que o artigo 226 § 3º da CF/88, ao dispor em sua parte final, que a lei deverá “*facilitar a conversão da união estável em casamento*”, não quis certamente igualar uma coisa a outra por serem obviamente institutos diferentes – o casamento é negócio jurídico e solene, enquanto a união estável é um fato social e jurídico, fundado na liberdade de escolha, mas ambos, sem dúvida, geram efeitos jurídicos.

Certo é que, a partir do momento em que a união estável é reconhecida como entidade familiar e a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, não há como concluir, como fez Maria Helena

Diniz, que a lei só pode atribuir às pessoas que tenham um convívio estável, *certas garantias*, direitos e obrigações, *desde que*, o convertam em casamento, e completando: “A lei, ante a Carta Magna, não deverá regular o *concubinato*, mas tão somente traçar requisitos para que possa ser futuramente, convertido em casamento; com isso, parece-nos que as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 são inconstitucionais por estimularem o concubinato puro...”<sup>13</sup>

Acredita-se que a intenção do legislador foi a de igualar a proteção e, conseqüentemente, os direitos dos membros das entidades familiares, independentemente da forma em que se constituam, pois o papel exercido pelo cônjuge dentro da família se iguala ao do companheiro e está fundado nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, sendo o planejamento familiar livre decisão do casal<sup>14</sup>. Não havendo razão para fazer distinção entre os efeitos jurídicos produzidos entre uma ou outra, família, dentro ou fora do casamento – dentre eles os efeitos patrimoniais dos quais trata o direito sucessório.

Conceituando o direito sucessório, por Maria Berenice Dias: “O direito sucessório trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte de uma pessoa aos seus herdeiros, de um modo geral seus familiares. Tratando-se de direito sucessório, tem sua razão de ser no direito de propriedade, conjugado ao direito das famílias.”<sup>15</sup> Assim, se indissociável a ideia de sucessão/família, não se pode limitar ou condicionar os direitos dos companheiros.

O artigo 1790 trata de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situado no capítulo referente à ordem de vocação hereditária.

Outro equívoco, logo no *caput* do referido artigo, ao estabelecer que a sucessão do companheiro se restringe aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, confundindo nitidamente os institutos da meação, pertinente ao Direito de Família, e da herança, este sim pertencente ao Direito das Sucessões.

---

13 DINIZ, M<sup>a</sup> Helena – **Curso de direito civil brasileiro, Direito de família**, v. 5, p. 297 – São Paulo – Saraiva, 2001.

---

14 BRASIL. Constituição (1988). Art. 226 § 7º, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

---

15 DIAS, M<sup>a</sup> Berenice – **Manual das Sucessões**, p. 29 – São Paulo – Revista dos Tribunais, 2008.

Cabe lembrar que, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o companheiro já é meeiro, conforme previsão do artigo 1.725, que dispõe sobre o regime da comunhão parcial de bens.

### 2.2.1 - Não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário

O artigo 1.790 estabelece que o companheiro *participará* da sucessão; ora, primeiramente deve-se observar que o mesmo código no artigo 1845 excluiu o companheiro da qualidade de herdeiro necessário e, em contrapartida, dispõe o artigo 1.850 que, para excluir os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem o contemplar.

Esclarecendo: Herdeiro necessário é aquele que não pode ser afastado da sucessão por testamento válido, o companheiro não é herdeiro necessário, mas apenas os herdeiros colaterais poderão ser afastados por testamento. A pergunta que fica é, que tipo de figura híbrida criou o legislador para os companheiros?

Sílvio Venosa afirma: “É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!”<sup>16</sup>

Compare-se a situação do cônjuge que, no antigo Código de 1916 integrava a ordem de vocação hereditária ocupando o terceiro lugar<sup>17</sup> mas, como não era herdeiro necessário poderia ser excluído da sucessão por testamento. O mesmo não ocorre com o companheiro, que embora não integre a ordem de vocação hereditária, sendo tratado de forma estanque, não poderá ser excluído por força do artigo 1.850.

Ocorre, porém, que a situação deixada pelo legislador divide a doutrina e a jurisprudência, ensejando decisões diferentes em situações iguais. Há quem entenda que os companheiros não podem ser considerados herdeiros necessários, uma vez que a lei não lhe atribuiu essa qualidade, isso implicaria poder afastar totalmente o companheiro da sucessão por

---

16 VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil – Direito das Sucessões**, v. 7, 7. ed., p. 120 – São Paulo – Atlas, 2007.

---

17 BRASIL. Código Civil (1916), art. 1603, III, Saraiva, 1986.

testamento, posicionamento já defendido por Eduardo Oliveira Leite em seu julgado: “...não resta dúvida que a idéia de igualdade e equiparação entre as duas realidades ressurgiu sempre veemente, com a ressalva que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e o companheiro herdeiro facultativo...”<sup>18</sup> Outra corrente, no entanto, defende que o companheiro não pode ser afastado, porque assim não determinou o legislador como o fez com os colaterais no artigo 1.850 e ao fim, se são inafastáveis por testamento, são herdeiros necessários. Posicionamento sustentado na voz do ilustre Barbosa Moreira: “Não haverá como o testador, em qualquer das duas hipóteses (do art. 1790), suprimir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro, não se podendo, por isso, deixar de ali reconhecer herança necessária...”<sup>19</sup>

O cônjuge por sua vez, no atual Código, continua a ocupar o terceiro lugar e ainda foi reconhecido como herdeiro necessário por força do artigo 1.845. Isso significa que, quando do falecimento de um dos cônjuges e na ausência de descendentes ou ascendentes, a parte legítima será automaticamente transmitida ao sobrevivente, independentemente do regime de bens e de disposições testamentárias e, na ausência de testamento válido, terá direito à totalidade dos bens.

A situação diferenciada imposta ao companheiro pelo artigo 1.790, que pelo novo Código Civil ocupa a quarta e última posição na ordem de vocação, além de ferir a igualdade constitucional alcançada entre o casamento e a união estável, vergonhosamente retirou direitos já adquiridos pela Lei 8.971/94, que equiparou a situação dos companheiros a do cônjuge, na ordem de sucessão, atendendo ao comando constitucional. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “Mais do que isso, a norma é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.”<sup>20</sup>

---

18 Agravo de Instrumento nº 2004.002.16474 - 8ª Câmara Civil do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro - Direito de família e das sucessões. Direitos da companheira na sucessão do ex-companheiro.

---

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Direito das Sucessões**, v.6, p. 165 - Rio de Janeiro - Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

---

20 DIAS, M<sup>a</sup> Berenice - *ob.cit.*, p. 66.

Ressalta-se, portanto, que antes de 11/01/2003, data da vigência do Código Civil de 2002, sobrevindo a morte do autor da herança, sendo ele convivente, e não tendo deixado herdeiros necessários, descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente sucederia em terceiro lugar e recolheria a herança em sua totalidade, não obstante a existência de herdeiros legítimos colaterais, tal qual se deferia aos cônjuges. Disposição que se extraía do inciso III, do art. 2º, da Lei 8.971/94.

### **2.2.2 - Prevalência dos colaterais até o 4º grau em detrimento do companheiro, inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária**

O polêmico artigo 1.790 traduz uma discussão sem fim, o inciso I estabelece que, concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito a mesma quota atribuída aos filhos. O inciso II prevê que, concorrendo apenas com descendentes do falecido, o companheiro terá direito à metade do que couber a cada um que herdar por direito próprio. Assim, o inciso I se refere a filhos e, o inciso II a descendentes. Quanto à hipótese frequente em que o companheiro sobrevivente concorre na sucessão com descendentes comuns e com descendentes apenas do autor da herança, o legislador simplesmente se omitiu.

O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 estabelece que, concorrendo com outros parentes sucessíveis (até o 4º grau) que não os descendentes, o companheiro terá direito a um terço da herança. O artigo 1839, ao dispor sobre os parentes sucessíveis na concorrência sucessória do cônjuge, por sua vez, só autoriza o chamamento para a sucessão dos colaterais até o quarto grau, na ausência de cônjuge sobrevivente.

Ao final, o inciso IV prevê que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Importante destacar que, apesar de os incisos III e IV se referirem a *totalidade da herança*, parte da doutrina entende que estes incisos devam ser interpretados em conformidade com o *caput* do artigo, ou seja, restringem-se apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo assim, se durante a união estável, não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade do sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o falecido tenha deixado vasto patrimônio

formado antes da união estável.

Em sentido oposto, se manifesta, dentre outros, o professor Barbosa Moreira<sup>21</sup>, defendendo que o termo *herança*, mencionado nos incisos III e IV do artigo 1790, possui conceito próprio e deve ser interpretado como sendo a totalidade dos bens do autor da herança, assim, pelo inciso III, independentemente da meação assegurada (bens adquiridos onerosamente), destina-se ao companheiro um terço da herança e os dois terços restantes aos parentes sucessíveis. Na falta de parentes sucessíveis, destina-se ao companheiro a totalidade do patrimônio, além da meação a que já teria direito.

A partir desta última interpretação, no caso do inciso IV, afasta-se a possibilidade de, na falta de testamento válido, o patrimônio formado antes da união estável, bens que não foram adquiridos durante a união estável, se destinarem ao Município, Distrito Federal ou União, em detrimento do companheiro sobrevivente. Contudo, esta injustiça ainda poderá ser afastada a partir da previsão do artigo 1844, o que não afasta as críticas a respeito, uma vez que não se tem uma legislação normativa coerente entre seus próprios artigos.

A doutrina propõe diversas soluções, interpretações e sugestões a respeito de todos os quatro incisos do artigo 1.790, que comportam várias possibilidades de aplicação e ainda, como visto, são omissos em alguns casos, e, ao fim, os cálculos para divisão dos bens sempre dependerão da corrente a que se deseje filiar o intérprete. Sugere-se, para maior compreensão do tema, a leitura do livro de Claudia de Almeida Nogueira<sup>22</sup> que, por meio de esquemas ilustrativos com exemplos de uma e outra corrente, demonstra com clareza a diferença de resultados, o que traz muita insegurança às relações familiares e deve ser observado.

Note-se ainda, que com relação ao companheiro, como *participe* – hoje colocado em último lugar na ordem de sucessão, com aplicação do disposto no artigo 1790 – falecendo o ex-companheiro, desde que a aber-

---

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Direito das Sucessões**, v. 6, p. 156 - Rio de Janeiro – Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

22 NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. Comentários à parte geral e a sucessão legítima, 4ª ed. – Rio de Janeiro – Lumen Juris, 2008.

tura da sucessão tenha se verificado em data posterior a 10/01/2003, o sobrevivente só terá direito a recolher a totalidade da herança se não existir nenhum parente sucessível até o 4º grau, por força da norma que se extrai do inciso III, do artigo supracitado.

Lembre-se de que antes o companheiro sobrevivente era precedido na ordem vocacional sucessória apenas pelos descendentes ou ascendentes. Hoje, para que o companheiro sobrevivente receba toda a herança é preciso concorrer com herdeiros colaterais até o 4º grau, irmão, tio, sobrinho, tios-avós, sobrinhos-netos ou mesmo um primo, que recebem dois terços dos aquestos e a totalidade dos bens, ficando o companheiro com apenas um terço do patrimônio amealhado onerosamente durante a união estável.

Após uma constituição dirigente e inovadora, fruto de um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento o Princípio da dignidade humana e por consequência o Princípio da proibição do retrocesso social, visando a garantir o progresso de conquistas alcançadas pela sociedade, o legislador infraconstitucional simplesmente decidiu que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação de afeto com o falecido, rodeada por obrigações legalmente impostas<sup>23</sup>, ainda que advindas de uma família informal, seja colocada atrás de parentes colaterais no que diz respeito a direitos na ordem de vocação hereditária. Prestigiando-se parentes que, na sua grande maioria, no mundo acelerado como o de hoje, mal se encontram, às vezes, nem mesmo se conhecem, extrapolou o bom senso e desrespeitou a Lei Maior.

O legislador não fez a melhor opção ao deixar a questão nas mãos de seus intérpretes, o que pode ser temerário, mas exemplo de justiça pode-se encontrar na jurisprudência do Rio Grande do Sul, conhecida e respeitada por sua ousadia, que afastou da sucessão um irmão da falecida<sup>24</sup>, mas é certo que se podem encontrar muitas outras que entendem de forma diferente<sup>25</sup>.

Ao retirar direitos adquiridos pelos companheiros com a legislação

---

23 BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.724, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

---

24 TSRS, 7ª C.Civ., AI 70020389284, rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 12/09/200/.

---

25 Agravo de Instrumento nº 2003.002.14421 - 18ª Câmara Civil do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro – j. 16/03/2004.

especial, retrocedeu o novo código, distanciou-se do alcance social, sociológico e jurídico alcançado e não atendeu aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito: construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação<sup>26</sup>. Já nos alertava Canotilho que a proibição do retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como núcleo efetivo do ordenamento jurídico, ficando proibido ao legislador instituir políticas discriminatórias<sup>27</sup>.

Por fim, deve-se considerar a norma disposta no artigo 1790 materialmente inconstitucional, pois no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retirou direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros<sup>28</sup>.

### 2.2.3 - Concorrência sucessória com privilégios ao cônjuge

A concorrência do companheiro à herança exige que a união estável tenha perdurado até a data do óbito; nada mais lógico, uma vez que, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na ausência de convenção, preserva-se o direito a meação. Não haveria polêmica sobre o tema se o legislador, mais uma vez desastrosamente, não tivesse conferido ao cônjuge o direito à herança mesmo após a separação de fato<sup>29</sup> num artigo, inútil, incompatível com o ordenamento, com a desprezível intenção de privilegiar o casamento. No entanto, a norma não consegue ser aplicável nem mesmo aos cônjuges em concorrência com descendentes e ascendentes, pois perquirir a culpa de uma relação em que o outro par já é falecido, seria simplesmente impossível, ainda que não fosse invasão à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, cuja violação é passível de indenização<sup>30</sup>.

---

26 BRASIL. Constituição (1988). Art. 3º, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

---

27 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição** – Coimbra - Coimbra, 1998.

---

28 GAMA Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil – Sucessões** – São Paulo - Atlas, 2003.

---

29 BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.830, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

---

30 BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º, X, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

Ocorre que a lei permite o reconhecimento da união estável de quem está separado de fato, porque inexistente impedimento segundo o artigo 1.723 § 1º do CC/02. Ao preservar o ex-cônjuge na condição de herdeiro, permitiu o legislador a concorrência sucessória do cônjuge com o companheiro, situação que, na vigência da lei anterior, era afastada pela doutrina e jurisprudência, deferindo direitos àquele que vivia com o autor da herança à época do óbito, porém não havia previsão legal conferindo direito ao separado de fato, como se encontra hoje expressamente no Código Civil de 2002.

O artigo 1.830 prevê que o cônjuge sobrevivente separado de fato a menos de dois anos sempre sucederá e, se separado de fato a mais de dois anos, sucederá se não tiver dado causa à separação. A pergunta básica é quem e como sucederá no caso de concorrência? Claudia Nogueira<sup>31</sup> levanta três propostas possíveis. A primeira e mais absurda, mas em consonância com o que dispõe o artigo, afastaria o convivente, conferindo ao cônjuge separado de fato os direitos sucessórios. A segunda, mais justa e consonante com a jurisprudência, garantiria ao companheiro o direito sucessório dentro das particularidades do artigo 1790. Na terceira e intermediária, o companheiro sucederia nos moldes do artigo 1790, herdando parte dos bens comprados durante a união estável e o restante do patrimônio, que não adquirido onerosamente durante a união estável, ficaria com o cônjuge sobrevivente.

Propostas à parte, mais uma vez o legislador pretendeu privilegiar o casamento, ignorando a equiparação e a proteção constitucional à união estável.

#### 2.2.4 - Omissão quanto ao Direito Real de Habitação

Igualmente ficou aquém do esperado, o fato de o legislador não inserir expressamente o direito real de habitação, antes já previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96. Tal omissão divide mais uma vez doutrina e jurisprudência sobre o assunto, proporcionando o entendi-

---

31 NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. Comentários à parte geral e a sucessão legítima, 4ª ed. – Rio de Janeiro – Lumen Juris, 2008.

mento de que o referido parágrafo único encontra-se revogado e, por conseguinte, afastada do ordenamento jurídico a possibilidade de deferir ao companheiro, por ocasião da morte do outro, o direito real de habitação.

Argumentam os adeptos deste entendimento que, se o legislador não incluiu o direito real de habitação no seu único artigo 1.790, que dispõe sobre os direitos sucessórios dos companheiros, e expressamente previu no artigo 1.831, quando tratou da sucessão do cônjuge, é porque teve a clara intenção de excluir tal vantagem que antes lhe era reservada.

O posicionamento majoritário rebate com fortes argumentos, defendem seus adeptos<sup>32</sup> que o direito real de habitação foi previsto em lei especial, e como o benefício não é incompatível com qualquer artigo do Código Civil de 2002, não estaria revogado. Além do que, se aos cônjuges foi conferido o direito, expressamente previsto no artigo 1.831, deve ser estendido ao companheiro sobrevivente simplesmente porque a Constituição prevê a proteção aos membros da família e a união estável como entidade familiar tem especial proteção do Estado, e o direito real de habitação visa a amparar o sobrevivente, não podendo o legislador infraconstitucional desampará-lo, em consonância ainda com o princípio da dignidade humana.

Reforça este último entendimento a aprovação do Enunciado 117 do STJ, da 1ª Jornada do Conselho da Justiça Federal de Direito Civil de 2002, dispondo que o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º *caput*, da CF/88. E, na mesma esteira, o próprio Poder Legislativo, por meio do Projeto de Lei 6.920/2002, pretendendo modificar não só a redação do artigo 1.790, mas também o conteúdo do direito aplicável, acrescentou o parágrafo único que reedita a norma relacionada ao direito real de habitação, conforme já estabelecido na Lei 9.278/96, porém de forma mais adequada, uma vez que corrige imprecisões, estabelecendo que o direito em tela seria reconhecido na hipótese de ser o único imóvel destinado à residência da família, pois do contrário haveria vantagem dos

32 Dentre outros: LEITE, Eduardo Oliveira, VENOSA, Silvio de Salvo, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *In* NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Ob.cit.*

companheiros em relação aos casados, diante da limitação constante da parte final do artigo 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916, reproduzido pelo artigo 1.831 do Código Civil de 2002.

### 3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim de breve estudo, pode-se concluir que legislador poderia ter avançado mais, sendo que o silêncio quanto a alguns pontos geram grande insegurança jurídica à sociedade como, por exemplo, a reserva da quota mínima atribuída ao cônjuge e omissa quanto aos companheiros. Neste caso, não reside a injustiça em conceder menos direitos ao companheiro, mas aos filhos e parentes em razão da origem da família.

Sem falar em algumas consequências jurídicas de não ser a união estável reconhecida como um novo estado civil. Basta imaginar que durante a união estável, um dos companheiros tenha adquirido onerosamente um bem imóvel com registro apenas em seu nome e, uma vez que possui status jurídico de solteiro, poderá alienar o bem, fato que não elimina o direito do outro à meação. Ao fim, o adquirente de um imóvel nessa situação, terceiro de boa-fé, que não tinha como saber que o imóvel não pertencia integralmente ao alienante, estaria sujeito a ver sua compra anulada.

A constituição da família por meio da união estável, como ocorre com o casamento, produz efeitos não somente entre os conviventes, ou entre eles e os seus filhos, mas à sociedade como um todo.

Finalizando, a par das considerações esposadas, certo é que o Código muito acrescentou em termos gerais. ♦

### 4 – REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição** – Coimbra, 1998.

DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, - São Paulo - Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro, Direito de família**, v. 5 - São Paulo - Saraiva, 2001.

GAMA Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil - Sucessões** - São Paulo - Atlas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito das Sucessões** / Carlos Roberto Gonçalves, 10 ed. – São Paulo - Saraiva, 2008 (Coleção sinopses jurídicas, v. 4)

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, v. 2, 37ª ed., revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo – Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. Comentários à parte geral e a sucessão legítima, 4. ed. - Rio de Janeiro - Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Direito das Sucessões**, v. 6 - Rio de Janeiro - Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. - Porto Alegre - Livraria do advogado, 1998.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil, Direito das Sucessões**, v. 21 - Rio de Janeiro - Saraiva, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de família**, v. 6, 7. ed. - São Paulo - Atlas, 2007.

# 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 urbana, 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 inexistiu 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). 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 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. ♦

# Os Dez Anos de Vigência do Código Civil

**Marisa Balbi Rosembak<sup>1</sup>**

O evento promovido pela EMERJ deve-se ao fato de que há exatos dez anos foi promulgado o novo Código Civil. Avanços e frustrações, o Código proporcionou, inegavelmente, um avanço para a interpretação das normas, estabelecendo princípios que influenciam toda a legislação infra-constitucional e, além disso, inaugurou uma era de leis que refletem, ou deveriam refletir, a vontade constitucional.

Inicialmente, ao tecer considerações sobre as novas diretrizes trazidas pelo Código Civil de 2002, elegi mencionar as palavras do Professor Miguel Reale, que, em cerimônia especial, em razão de ter presidido os trabalhos de elaboração da novel legislação, apresentou o novo Código Civil ao Presidente Fernando Henrique Cardoso, por ser a melhor fonte para o entendimento e apresentação do tema pela sua autoridade.

Ao apresentar o Código Civil, o mestre Miguel Reale, cita Hegel, nos seguintes termos: “Uma lei tem uma certa elasticidade, que permite uma adequação aos novos fatos e aos novos valores, mas chegado um certo momento, impõe-se a substituição da regra, para que não gere o artifício que se coloca como substituição da interpretação legítima da hermenêutica autêntica (...) Toda época é oportuna para legislar, desde que se tenha consciência do tempo.”

O Professor Miguel Reale, ao apresentar o Código Civil, ao então Exmo. Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, disse, em síntese, que o Código Civil, o qual constitui o miolo ou cerne do ordenamento jurídico da sociedade civil, fixa as diretrizes básicas que irão reger a forma de vida da gente brasileira, sendo o código do homem comum, visto

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito 5ª Vara Cível do Foro Regional de Campo Grande - Comarca da Capital.

que ele dispõe sobre a situação social e a conduta dos seres humanos, mesmo antes do seu nascimento, dadas as normas protetoras dos nascituros, e, depois de sua morte, por preservar a sua última vontade e fixar o destino de seus bens.

Na apresentação do Código Civil não teceu análise minuciosa das alterações fundamentais, preferindo, em breve síntese, dizer algo sobre o espírito que presidiu a reforma feita, a qual assinala a passagem de um sistema de regras destinado a reger uma nação fundamentalmente agrária, à qual se destinava o Código Civil de 1916, para uma estrutura cultural marcada por novos valores sociais, e pelas mais avançadas conquistas da ciência e da tecnologia. Nesse sentido basta lembrar que, nas primeiras décadas do século passado, 70% (setenta por cento) do povo brasileiro morava no campo, enquanto que, hoje em dia, em igual proporção, vivem nas cidades.

O Código Civil de 1916 representou, sem dúvidas, uma contribuição estupenda das ciência jurídica, mas, não obstante seu alto valor, acrescido por precioso cabedal de doutrina e jurisprudência, não mais corresponde às necessidades histórico-sociais de nosso tempo, máxime se atentarmos para as vertiginosas inovações ocorridas, em todos os planos da cultura universal, durante o século passado, o mais curto e revolucionário dos séculos, pois começa, com a Primeira Grande Guerra e termina com a derrocada do Muro de Berlim.

Diz, ainda, que respeita, grandemente, a obra do insigne Clóvis Beviláqua que, ao ser convidado pelo Governo da República, em 1969, para superintender à atualização de nossa Lei Civil, após duas tentativas malogradas, preferiu fazê-lo em colaboração com uma plêiade de juristas eminentes, cujos nomes fez questão de evocar: Agostinho Alvim, José Carlos Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Silvio Marcondes, Torquato Castro e Ebert Chamoun. Quatro deles já faleceram, mas todos exerceram a missão recebida com dedicação e zelo, sem exigir qualquer compensação além da representada pela oportunidade que tinham de bem servir à comunidade nacional.

Relembrou que, em 1970, recebeu de um deles, para sintetizar, as propostas correspondentes a cada uma das áreas a eles conferidas, segundo a estrutura inicial acertada, a qual abrange a Parte Geral, conforme concebeu o gênio Teixeira de Freitas, e cinco Partes Especiais relativas ao Direito das Obrigações, ao Direito da Empresa, ao Direito das Coisas, ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Disse que a estrutura inicialmente adotada resistiu a todas as críticas suscitadas pelo Anteprojeto, salvo no que se refere à Lei das Sociedades Anônimas que, com o assentimento dos juristas, foi destacada do Código Civil para figurar em Lei Especial, mais adequada para disciplinar tal matéria em função do contínuo dinamismo do mercado de capitais.

Ponderou que a estrutura do novel Código Civil não encontra símile em qualquer outra nação, constituindo uma ordenação original em consonância com a nossa própria experiência jurídica e legislativa, na qual veio espontaneamente se compondo a unidade do Direito das Obrigações, em razão da vetustez do Código Comercial de 1850.

É indispensável ponderar que o novo Código Civil não abrange todo Direito Privado, mas tão somente as questões que emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito Comercial com a respectiva legislação especial.

Afirma que foi, sabidamente, longa a tramitação do projeto que se converteu em lei, mas não tem sentido afirmar-se que, em razão do grande tempo transcorrido, o novo Código Civil já nasceria velho, como se não houvessem sido aproveitadas todas as oportunidades para sua atualização e complemento, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, levando-se sempre em conta as alterações verificadas no plano dos fatos ou da legislação.

Disse ao Sr. Presidente com a responsabilidade que advém da longa idade e de aturado estudo, ao asseverar que será sancionada uma Lei Civil que será da maior valia para o País, sobretudo em razão dos princípios da *eticidade, socialidade e operabilidade* que presidiram sua elaboração. Apon- tou que não se trata de um trabalho perfeito, pois tão limitada é a capa-

cidade intelectual em todos os domínios da cultura, mas disse estar convencido de que as falhas ou omissões porventura existentes são de caráter secundário e de fácil correção. Proclamou que os membros da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil” sempre estiveram atentos à recepção de novos aperfeiçoamentos, toda vez que foram convidados a se manifestar sobre a discussão do Projeto no seio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Após a aprovação de várias emendas substitutivas e aditivas, trata-se, a bem ver, de obra transpessoal, fruto das contribuições recebidas de toda a comunidade jurídica brasileira.

Disse que desde o pórtico dos Direitos da personalidade – inexistente no Código Civil de 1916 – até as normas estabelecidas em razão da função social da propriedade e do contrato; desde a maioria aos dezoito anos até a revisibilidade do regime de bens no casamento; desde a extinção do “pátrio poder”, substituído pelo “poder familiar”, até os dispositivos que salvaguardam o real interesse da prole; desde as novas figuras criadas no campo do Direito das Obrigações até a disciplina da atividade empresarial; desde a preferência dada às “cláusulas abertas”, propiciadoras de ampla compreensão hermenêutica e de maior interferência do juiz na solução dos conflitos, até as novas regras sobre responsabilidade objetiva; desde a constante remissão aos princípios de equidade e de boa-fé até o tratamento da posse de bens imóveis em razão do valor do trabalho que a motiva; desde a eliminação de formalidades absurdas na lavratura dos testamentos até a preservação dos direitos dos herdeiros, do cônjuge inclusive, é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial.

E por tudo o que explanou, disse que sente-se na consciência a incontida convicção do dever cumprido.

Feita a referida homenagem, que, sem sombra de dúvidas deve ser lembrada e exortada, diante do grandioso e importante trabalho desenvolvido para a nação brasileira, teço algumas considerações.

A Constituição da República Federativa brasileira, em 1988, trouxe nova inspiração, e, para alguns, nova interpretação à legislação vigente. A leitura de antigas e desatualizadas leis, a partir da perspectiva constitu-

cional, fez com que o cenário jurídico ficasse mais receptivo às mudanças vindouras.

A entrada em vigor do novo texto civilista, no contexto sociojurídico brasileiro, provocou os mais acalorados debates. O Código Civil de 1916, já com 86 anos, necessitava de urgente reestruturação. A expectativa era de que o novo instrumento seria capaz de tratar de grande parte das situações sociais que se apresentavam.

No que diz ao direito de família a redação do Código Civil de 1916 previa, através de seus artigos, a proteção de uma família heterossexual, matrimonial e hierarquizada, em que o homem era o chefe da família, e só através do casamento é que poderia existir (juridicamente) uma família. O patrimônio era tratado a partir de uma perspectiva individualista e refletia, unicamente, o acúmulo de seus titulares. Os contratos, da mesma forma, revelavam apenas os interesses dos envolvidos.

Os três elementos persistiram como vértices principais no Código Civil de 2002, entretanto, a família ganhou dimensão plural, tendo por base não apenas os laços matrimoniais, mas sim outras formas de constituição, baseadas na afetividade com princípio constitucionalmente previsto. O pátrio poder transformou-se em poder familiar com a Constituição de 1988, e consolidou-se assim em 2002. Os contratos e o patrimônio associaram-se à noção de função social, o que provocou importantes modificações nas relações negociais.

O grande legado da nova legislação foi apresentar as cláusulas gerais, como a boa-fé e a função social dos contratos, as quais constituem fontes inesgotáveis de normas essenciais para a vitalidade do sistema jurídico. Da mesma forma, o Direito de Família passou a ter um perfil menos patrimonialista, calcando-se na dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o Código Civil promoveu uma renovação doutrinária e jurisprudencial, podendo ser destacada a grande quantidade de obras e estudos publicados nos últimos dez anos acerca das inovações da nova lei.

Entretanto, apesar dos pontos positivos, alguns assuntos deixaram de ser tratados e outros foram tratados de forma contraditória ou pouco técnica. As relações homoafetivas e seus efeitos jurídicos (união, pensão,

adoção, sucessão), a filiação a partir da reprodução humana assistida, as relações negociais via internet, por exemplo, são assuntos lacunosos no Direito brasileiro, ainda em 2012, que vem sendo preenchido pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais e pelas Cortes Superiores.

Nesse caminhar, em dez anos, algumas alterações foram feitas no texto originário, outras ainda estão em discussão. A situação contemporânea de constantes mudanças sociais nos leva a pensar que, a curto prazo teremos ainda mais novidades.

Enquanto isso, cabe aos profissionais do Direito fazer o Direito acontecer. A existência de um texto constitucional rico em previsões gerais e que traz, de início, a proteção à dignidade da pessoa humana nos traz ânimo para comemorar o Código Civil. Essa cláusula geral de proteção à personalidade humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição da República, proporciona a adequação do texto da lei aos casos concretos.

Mais importante que um texto novo são as novas ideias. E, mais ainda, a vontade de fazer o novo. Aos juristas fica a difícil, mas não impossível, tarefa da interpretação mais justa e eficaz. Aos cidadãos, o desafio da inovação, provocando o Direito para a sua constante atualização. ♦

# Aspectos da Responsabilidade Civil Extracontratual Objetiva no Código Civil/02

Maurício Chaves de Souza Lima<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Campo dos mais importantes do Direito nos dias que correm, a responsabilidade civil, especificamente a responsabilidade civil extracontratual, não recebeu tratamento sistemático e completo no Código Civil de 1916.

Longe disso, em razão do modelo de sociedade que vigia à época do antigo Código, liberal, agrária, incipiente no desenvolvimento científico e tecnológico, o diploma de 1916 praticamente continha apenas uma única norma, *rectius*, uma única cláusula geral a regular a responsabilidade aquiliana, o art. 159, que estabelecia o tradicional sistema da culpa comprovada.

No contexto de uma sociedade completamente modificada, caracterizada pela economia de mercado e voltada para a realização da justiça social, o Código Civil vigente, embora sem romper totalmente com o antigo sistema, tratou da matéria com maior profundidade, beneficiando-se de todos os avanços e conquistas, doutrinários e jurisprudenciais, que ocorreram especialmente a partir da metade do século passado.

No novo ordenamento deixou a teoria subjetiva de ter a importância capital no sistema da responsabilidade civil, cedendo espaço à responsabilidade objetiva, que, para a sua corporificação, exige apenas a prova do dano e nexa causal, dispensando qualquer juízo de valor sobre a conduta do responsável pelo evento.

O novel Código Civil, que chega ao seu segundo lustro, instituiu

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito – TJ/RJ da 3ª Vara Cível de Madureira.

verdadeira cláusula geral da responsabilidade objetiva.

A análise dos principais aspectos da responsabilidade extracontratual objetiva, como tratados na sua cláusula geral instituída pelo Código Civil de 2002 e que desempenham um papel estruturante na disciplina desse modelo de responsabilidade, constitui o objetivo deste trabalho.

## O ART. 927 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Enuncia o art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002 que “aquele que por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Por sua vez, o parágrafo único desse artigo dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Não há dúvida de que o legislador civil, na cabeça do dispositivo, estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, ao passo que, em seu parágrafo único, trouxe cláusula geral de responsabilidade objetiva, sem parâmetro no Código Civil revogado.

Apesar da boa intenção do legislador, não é de boa técnica legislativa a forma com que foi inserida no Código de 2002 a regra geral da responsabilidade objetiva.

Tratando o *caput* do artigo da responsabilidade subjetiva, não parece que o parágrafo único pudesse ser destinado à responsabilidade objetiva, reunindo-se no mesmo dispositivo matérias divergentes e que não guardam relação de subordinação entre si.

Além disso, é hoje de tal dimensão e importância a responsabilidade objetiva, aplicando-se mesmo a um número de casos superior aos que se sujeitam ao domínio da teoria da culpa, que a sua disciplina deveria ter sido remetida a artigo exclusivo.

Ultrapassado esse problema, a primeira observação que se impõe é a respeito da locução “nos casos especificados em lei” utilizada no parágrafo único do art. 927 do CC.

Quer ela significar que a disciplina instituída pelo Código Civil de 2002 não é excludente do tratamento dado à matéria pela legislação extravagante.

Muito ao contrário, o Código Civil de 2002, como norma geral que é, instituiu regra supletiva, a se aplicar apenas em não havendo regulação específica.

Tal locução também tem a intenção de explicitar que o Código Civil não revogou às leis especiais que já aplicavam a responsabilidade objetiva nas relações jurídicas sob sua regência. Afinal, conforme conhecido brocardo, *lex generalis non derogat lex specialis*.

Assim, por exemplo, se encontra preservada a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, lei que, muito tempo antes do Código Civil, já acolhera, como princípio cardeal do sistema de tutela das relações consumeristas, a responsabilidade independentemente de culpa, com base na teoria do risco.

Ponto de maior interesse reside no âmbito de aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

Segundo a dicção da norma, quando “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, estar-se-ia diante de hipótese de responsabilidade objetiva.

A norma comportou interpretação inicial, ainda defendida por parte da doutrina civilista, em que pese minoritária, de que todos aqueles exercendo alguma atividade de risco passariam a responder objetivamente sobrevivendo dano a outrem em decorrência de tal atividade.

É dizer, no caso de acidente em que se envolva veículo dirigido ou, em hipótese mais radical, uma máquina cortadora de grama operada por particular, este, uma vez que a condução de veículo ou a utilização de tal máquina é uma atividade perigosa a implicar risco para terceiros, estaria sujeito ao regramento da responsabilidade sem culpa.

Tal corrente baseia-se, para sustentar sua conclusão, numa interpretação gramatical, literal da norma, embora deva ser reconhecido que no direito comparado já há exemplos, como no caso dos países da Península Ibérica, em que a opção legislativa foi, pelo menos no campo dos acidentes de trânsito, pela adoção da responsabilidade objetiva, com vistas a melhor proteção da vítima.

Semelhante interpretação, no entanto, não pode ser extraída do texto do vigente Código Civil.

Com efeito, a par da inconveniência prática da adoção de uma interpretação puramente literal, até porque, nos dias atuais, a maioria das atividades apresenta algum grau de risco, não parece, por razões hermenêuticas, que a razão esteja do lado dos que defendem uma visão mais abrangente da norma.

Não há de se esquecer que a lei civil alude à expressão “atividade **normalmente desenvolvida**”.

Ao qualificar a atividade como “normalmente desenvolvida”, o Código Civil retirou do âmbito da responsabilidade objetiva a conduta individual, eventual ou isolada, visando mirar o serviço, a conduta praticada com habitualidade precipuamente com finalidade econômica.

Enfim, o que vem a ser “atividade normalmente desenvolvida”?

A lição é dada por Sergio Cavalieri Filho, segundo o qual:

“(...) aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas a conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos, abrangida pelo significado apresentado por Houaiss, ou seja, ‘realização de uma função específica (de trabalho, profissão) <a. industrial> <a. de empresário>’. Reforça essa conclusão o fato de que a doutrina e a própria lei tomam o substantivo atividade para designar serviços. No Direito Administrativo, por exemplo, define-se serviço público com o emprego da palavra *atividade*.

Serviço público, conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘é toda *atividade* de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público’ (**Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 11<sup>a</sup> ed, p. 477)”

.....  
“No plano da lei, o que é ainda mais eloquente, o Código

de Defesa do Consumidor, no § 2º, do seu art. 3º, dispõe: ‘*Serviço é qualquer atividade* fornecida no mercado de consumo etc.’ Logo, não há como afastar a ideia já consagrada, já consagrada pela lei e pela doutrina, de que a *atividade* indica serviço, ou seja, atuação, reiterada, habitual, organizada profissional ou empresarialmente para realizar fins econômicos” (**Comentários ao Novo Código Civil**, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios/ Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho, Ed. Forense, 2004, p. 148).

Assim, a *mens legis* teria sido no sentido de deixar sob o âmbito da responsabilidade objetiva apenas as atividades perigosas exploradas de forma organizada profissional ou empresarialmente, com finalidade econômica.

Portanto, no já citado caso do acidente de trânsito, se o motorista do veículo causador do evento for um particular, estaríamos diante de hipótese de responsabilidade subjetiva; de modo contrário, se o motorista estiver, p. ex., a serviço de empresa que tem por objeto o transporte de carga, dada a periculosidade de tal serviço e a sua exploração de forma empresarial com finalidade econômica, a responsabilidade será objetiva.

Questão que também tem suscitado discussões é a referência do texto normativo à expressão “implicar por sua natureza risco”.

Estaria o Código Civil referindo-se ao chamado risco inerente, isto é, aquele que, embora indesejável, não pode ser eliminado por melhor que seja a execução do serviço, como, p. ex., ocorre com os atos cirúrgicos em geral, nos quais, ainda que o cirurgião empregue toda a diligência, técnica e segurança conhecidas na época, pode sobrevir algum dano ao paciente?

Em outras palavras, a lei teria a finalidade e o alcance de transferir as consequências do risco inerente para aquele que executa o serviço?

A resposta é negativa.

A aplicação do Direito não pode conduzir ao absurdo e transferir os riscos inerentes ao prestador do serviço seria inviabilizar a sua prestação.

De fato, um sem número de atividades, de grande importância so-

cial, apresenta risco inerente, de maneira que uma interpretação apartada do bom senso, poderia conduzir a sua extinção gradual, face o desinteresse dos prestadores do serviço, ameaçados por responsabilização que seria iníqua, em claro prejuízo aos interesses da coletividade.

Uma vez realizados com segurança, de acordo com a técnica conhecida, e desde que suficientemente informados os destinatários do serviço, não haverá responsabilidade para os prestadores por danos que decorram dos chamados riscos inerentes.

Na verdade, deve-se entender que o Código Civil, ao aludir a “implicar por sua natureza risco” não está a se referir propriamente à natureza do serviço, mesmo que este serviço traga em si risco inerente, mas à natureza da obrigação assumida pelo prestador do serviço, de tal modo que a responsabilidade objetiva estaria corporificada se a natureza do serviço ou atividade gerar para o fornecedor, não uma obrigação de meio, mas de resultado.

## CONCLUSÃO

Direito é conceito.

Para se chegar a uma solução adequada para uma questão jurídica, necessário partir-se do correto conceito.

Portanto, a compreensão do exato sentido da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, ramo que já supera, em abrangência, a responsabilidade subjetiva, hoje relegada à disciplina de poucos casos, é, para os aplicadores do Direito, extremamente necessária, visando alcançar a correta solução dos muitos conflitos de interesses em que está presente.

Por outro lado, sem o empenho dos operadores do Direito na sua aplicação, a lei é letra morta. Aplicá-la da melhor forma possível, interpretando-a a fim de dar o melhor proveito ao que seja duvidoso, é tarefa para ontem. ◆

# O Princípio da Dignidade Humana como Gênese das Inovações no Direito de Família

Mírian T. Castro Neves de Souza Lima<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O direito é sistema dinâmico de controle social, haja vista sua evolução contínua para adequar-se ao desenvolvimento cultural e aos padrões éticos da sociedade da qual é produto. Ajusta-se o direito, considerando suas diversas fontes, à realidade social.

O direito de família, ramo do direito privado que trata das relações decorrentes do parentesco, é igualmente influenciado pela dinâmica da sociedade na qual será aplicado. Destaca-se que a partir da Constituição de 1988 foi estabelecida ordem jurídica na qual a família e as relações de parentesco não têm origem apenas no matrimônio, como era até então. Atento às inovações sociais, o constituinte reconheceu que as famílias têm origem na união estável, artigo 226 § 3º da Constituição da República. Ainda no artigo 226 em seu parágrafo 4º, é reconhecida a família monoparental como uma das formas de constituição plural da família.

Encontramos nisto a gênese da normatização da pluralidade familiar.

Nesse diapasão, o artigo 1.593 do CC, cláusula aberta típica, permite ao julgador o reconhecimento da família formada a partir de vínculo socioafetivo e garante-lhe amparo legal.

O reconhecimento deste tipo de família pela jurisprudência e doutrina precedeu a entrada em vigor do Novo Código Civil.

É fato notório que o Poder Judiciário consegue assimilar de forma mais célere as mudanças sociais, estabelecendo em suas decisões a adequa-

---

<sup>1</sup> Juíza da 1ª Vara de Família - Regional de Bangu.

ção e a razoabilidade do ordenamento jurídico à realidade social. Não há como se negar a atuação dos órgãos do Poder Judiciário como vetor para a introdução das modificações da realidade social no ordenamento jurídico.

No âmbito das relações familiares, as decisões reiteradas reconhecendo a isonomia entre os cônjuges e a legitimidade da relação duradoura e pública entre homem e mulher com o fim de constituir família, admitindo a partilha de patrimônio comum em um primeiro momento, Súmula 380 do STF, e em seguida reconhecendo outros direitos e deveres entre os companheiros ou conviventes, permitiram a proteção daquela relação jurídica que até então estava destituída de qualquer amparo em razão de restrições impostas pelo Código Civil de 1916, exemplo disto o da norma inserta no artigo 1.177.

Com o passar do tempo, tais dispositivos legais restritivos no que se referiam a situações duradouras, públicas, com objetivo de vida em comum, fundadas na afetividade, e quando verificada a separação de fato dos cônjuges, tornaram-se anacrônicos.

Como permitir que após longa comunhão de vida com aspecto familiar, animada pela fidelidade entre os companheiros, muitas vezes com prole, o fim do relacionamento ocasionasse à mulher a total alteração de sua vida e perda do patrimônio que foi constituído também com o seu esforço?

Essa situação não se coadunava com princípio geral de direito que já estava inserido em vários diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inequívoco que o princípio da dignidade humana, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988 como fundamento para proteção dos direitos humanos e não vinculado à ordem econômica, como figurava na Constituição da República de 1967, artigo 157 inciso II, é o fundamento das inovações constitucionais, que foram seguidas por inovações infraconstitucionais no direito de família.

Acerca das modificações introduzidas pela Constituição da República de 1988, a começar pelo relevo constitucional do princípio da dig-

nidade humana, na normatividade infraconstitucional, especialmente no direito de família, que culminou com a Lei 10.406/2002, então, faremos uma abordagem.

## MUDANÇAS DE PARADIGMA NO DIREITO DE FAMÍLIA

As Constituições de 1946 e de 1967, bem como o Código Civil de 1916, expressamente indicavam que a família tinha origem no matrimônio e era comandada pelo homem. Traduzia-se nesses diplomas a mentalidade conservadora, hierarquizada e patrimonialista do conceito de família, típica da época em que foram elaborados.

O princípio da dignidade humana, artigo 1º inciso III da Constituição da República, do qual decorrem os princípios da solidariedade, da afetividade, da cooperação, da isonomia entre os cônjuges e do melhor interesse dos filhos menores, é essencial para explicar as alterações normativas no direito de família.

Segundo Alexandre de Moraes em sua obra **Direito Constitucional**, página 16, ano 2005, 17ª Ed., “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem as pessoas enquanto seres humanos.”

O direito de se autodeterminar e o direito intangível do ser humano de se fazer respeitar expressam o princípio da dignidade humana e nesse sentido a sua introdução no direito de família permitiu a adequação do conceito de família para fins de proteção jurídica com o conceito da sociedade sobre esse instituto.

Alterado o modo de ver a família, não mais como uma unidade de produção, mas como a comunhão de pessoas unidas por um vínculo de afetividade, fundamentada no respeito a cada um de seus membros, sem a predo-

minância de um sobre o outro, e na busca pela satisfação de seus interesses segundo sua autodeterminação ou na defesa do melhor interesse do filho menor, nova dinâmica nas relações familiares e na própria constituição das famílias se reconhece, e seu alicerce é, sem dúvida, o princípio maior da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana, inciso III do artigo 1º.

Não se olvida que mudanças sociais, como o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e sua participação no sustento da família com contribuição pecuniária para a formação do patrimônio familiar também contribuíram para essa alteração da forma de compreensão da família.

As limitações legais referentes à constituição da família e a submissão da mulher ao homem no âmbito familiar aferíveis desde o direito romano, não obstante pequenas melhoras conseguidas ao longo do tempo, tomando-se como exemplo a Lei 4.121/62 que restabeleceu a plena capacidade civil da mulher casada, não mais encontram sustentação.

As alterações sociais necessitavam ser trazidas ao ordenamento, a fim de que ele refletisse a sociedade contemporânea e tivesse a legitimidade que se espera de um ordenamento jurídico fruto de um Estado Democrático de Direito, artigo 1º da Constituição da República.

Segundo a legislação pátria vigente até a Constituição da República de 1988, a família tinha no homem o seu chefe, que contava com a colaboração da mulher para exercer suas funções na sociedade conjugal, artigo 233 do Código Civil de 1916.

Em relação à pessoa dos filhos, o homem era o titular do poder familiar, somente exercido pela mulher na sua falta, artigo 380 do Código Civil de 1916. Reforçava a prevalência da posição do homem em detrimento da posição da mulher quanto à pessoa dos filhos e a hierarquização da família, o parágrafo único do artigo 380 do Código Civil de 1916, que dispunha que na divergência entre os pais, prevalecia a decisão do pai, ressalvando-se à mãe o direito de recorrer ao juiz.

Quanto aos direitos e deveres dos cônjuges, o Código Civil de 1916 estabelecia em capítulos distintos os direitos do homem e da mulher, marcando bem a diferença de papéis e de importância deles na sociedade conjugal, artigos 233 a 255.

O atual Código Civil adequando-se aos princípios insculpidos na Constituição de 1988, solidariedade, cooperação e isonomia, que espelham a sociedade contemporânea, rompe definitivamente com a concepção conservadora e hierarquizada da família e reconhece a isonomia entre os cônjuges na direção da sociedade conjugal.

Os artigos 1.511, 1.565 e 1.567 do Código Civil em vigor disciplinam de forma clara a isonomia entre os cônjuges, reservando-lhes idêntica posição na sociedade conjugal. A isonomia dos cônjuges já tinha sido inserida no artigo 226 § 5º da Constituição da República.

Reflete também a isonomia entre os cônjuges o disposto no artigo 1.566 do Código Civil, pelo qual os direitos e deveres dos cônjuges são disciplinados em um único artigo, sem nenhuma imposição de dever a um dos cônjuges que não recaia sobre o outro. Demonstrada a absoluta igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

A possibilidade de adoção do sobrenome de um dos cônjuges pelo outro após o casamento reforça igualmente a ideia de isonomia absoluta entre os cônjuges, § 1º do artigo 1.565 do atual Código Civil. Do mesmo modo atuam as disposições dos artigos 1.568 e 1.569 do Código Civil acerca da igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal.

Em relação à pessoa dos filhos, o reconhecimento do poder familiar de titularidade de ambos os pais, artigo 1.631, em detrimento do pátrio poder do Código Civil de 1916, garante o respeito às decisões e desejos da mãe em relação à direção e educação dos filhos menores. O parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil afasta definitivamente qualquer dúvida acerca da posição isonômica dos pais em relação às decisões atinentes aos filhos menores do casal.

Ainda em relação aos filhos, sempre animada pela ideia da dignidade humana, a Constituição de 1988 em seu artigo 227 § 6º estabeleceu a completa isonomia entre os filhos havidos no casamento, fora do casamento e por adoção e vedando qualquer designação discriminatória à filiação. Essa isonomia é replicada no artigo 1596 do atual Código Civil.

A defesa dos interesses e direitos da criança e adolescente, com *status* constitucional, artigo 227 *caput* e § 7º da Constituição da República,

repercuta no tratamento e na disciplina dos interesses dos filhos menores no novo Código Civil.

O princípio do melhor interesse da criança está insculpido nos artigos 1584 e 1612 do Código Civil, que o indicam como o critério para o estabelecimento da guarda do filho menor.

Outra não é a fonte de tais disposições constitucional e legal que não o princípio da dignidade humana, garantidora do respeito aos direitos iminentes do ser humano, e por conseguinte dos direitos dos filhos de qualquer origem.

Quanto à constituição das famílias, o Código Civil em vigor, de forma mais tímida do que era esperado, disciplinou a união estável nos artigos 1.723 a 1.727. Essa forma de constituição da família fora previamente reconhecida pela Constituição Federal como meio de formação da família.

Antes da Constituição de 1988, existiam famílias não originárias do casamento. Essas famílias, apesar de apresentarem a dinâmica interpessoal - relações entre seus integrantes e papéis desempenhados por eles idênticos aos desempenhados pelos integrantes das famílias constituídas pelo casamento - não gozavam de proteção legal e eram classificadas como situações originárias de concubinato.

Em atenção à necessidade de acabar com o hiato entre a legislação e a realidade social, o constituinte estabeleceu no artigo 226 da Constituição da República, § 3º, chancelando constitucionalmente o que já era reconhecido pelo Poder Judiciário através de suas decisões, que a família tem origem também na união estável entre homem e mulher.

Mesmo antes da entrada em vigor do novo Código Civil leis especiais vigoraram em nosso ordenamento e disciplinaram os efeitos da união estável em relação aos companheiros e ao patrimônio adquirido.

A disciplina da matéria sempre teve por fundamento os princípios da dignidade humana, solidariedade, isonomia e afetividade, que estão claramente inseridos no artigo 1.724 do Código Civil.

Faz-se mister destacar que a enumeração do artigo 226 Constituição da República, que permite o reconhecimento da pluralidade familiar, é exemplificativa e não *numerus clausus*, haja vista as constantes mudanças

sociais que ocasionam novos arranjos familiares, que necessitam de proteção jurídica. Nesse sentido, exemplificam-se as famílias oriundas de uniões homoafetivas e de convivências fulcradas na afetividade.

Não se pode deixar de ressaltar o princípio implícito da afetividade, que introduziu alteração significativa de paradigma no direito de família, no que tange às relações de parentesco e aos direitos dele decorrentes.

A parentalidade socioafetiva é expressão máxima do princípio da afetividade, que permite a atribuição de valor jurídico à convivência entre pessoas sem vínculo biológico ou civil, mas com vínculo afetivo, garantindo-se a eles os mesmos direitos e deveres decorrentes do parentesco biológico ou civil.

O artigo 1.593 do Código Civil em vigor viabiliza a possibilidade de o julgador reconhecer a comunhão de vida com vínculo no afeto e com finalidade de convivência familiar, como forma de parentesco e de família decorrentes da lei e garantir a essa relação proteção legal.

O valor legal atribuído à posse do estado de filho pelo artigo 1.605 inciso II do Código Civil é outra expressão legal que ampara o reconhecimento da família socioafetiva, embasada no princípio da afetividade, consectário do princípio da dignidade humana. Nessa mesma linha de entendimento não se pode deixar de salientar o artigo 1.604 do Código Civil, que trata da irrevogabilidade do reconhecimento da filiação, salvo se oriundo de vício.

## CONCLUSÃO

Paulatinamente, com a alteração do foco de valoração no ente familiar, aumento da relevância das pessoas que compõem a família, com a busca de sua satisfação, e correlata diminuição da prevalência da defesa do patrimônio da família como fim último da instituição, a origem da família não constitui mais fator que garante ou exclui proteção jurídica ao ente familiar.

A família oriunda do casamento, hierarquicamente estabelecida entre os cônjuges, na qual cabia ao homem o papel de protagonista das

relações familiares, sendo a mulher e os filhos meros coadjuvantes e subordinados ao poder do chefe da família não mais existe e o reconhecimento da família com fundamento no princípio da dignidade humana, do qual se decorrem, no direito de família, os princípios da solidariedade, da cooperação, da isonomia e da afetividade se impôs no ordenamento jurídico como reflexo da evolução cultural e ética da sociedade. ♦

# Harmonização dos Direitos Fundamentais Constitucionais: Direito à Privacidade e Direito à Liberdade de Expressão

Monica Labuto Fragoso Machado<sup>1</sup>

Quais os limites impostos pela nossa Constituição Federal à imprensa para que se estabeleça um justo equilíbrio entre o direito à intimidade e o direito à informação? Até onde o direito à privacidade deve ceder ante o dever de informar?

A Carta Magna no seu artigo 5º, IV, IX e no artigo 220 garante a liberdade da expressão e informação e no inciso XI assegura o respeito à intimidade da vida privada, da honra e da imagem pessoal. Como compatibilizar esses direitos fundamentais, garantidos inclusive pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 1948, que em seus artigos XII e XIX estabeleceu, respectivamente, os direitos à intimidade (“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”) e à liberdade de expressão (“Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir, informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”)?

Historicamente, a dicotomia entre o “público” e o “privado” teve sua origem na Grécia e nos foi transmitida pelos romanos. Para os gregos, a *polis*, comum aos cidadãos livres, é separada da *oikos*, que é particular a cada ser. O público seria o espaço da convivência dos iguais (*oiko-despotés*) e a *polis* é o

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 1ª Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Madureira.

espaço do poder dos iguais. Essa divisão foi herdada pelos romanos. O *pater familias* e a *domus* representam o *despotés* e a *oiko*, estabelecendo-se distinção entre a *res publica* e os interesses privados. No feudalismo, não existiu uma antítese entre o privado e o público como no Direito Romano. Na sociedade feudal, não há nenhum estatuto pertinente ao âmbito jurídico privado e não se pode comprovar a existência da esfera pública como um setor distinto da esfera privada. Na Idade Média, portanto, o poder é público, no sentido de que é apresentado a todos e representado perante todos. Há um privado, mas sem privacidade. A esfera pública é identificável em termos dos bens de uso comum. A nobreza feudal estava vinculada ao *status* social comportamental, que lhe era inerente, e não ao espaço físico público. Com o Renascimento, a transformação evidentemente foi mais cultural do que política e a representatividade se torna menos pública e mais áulica, com formação mais humanística. Com a formação dos estados absolutistas, recupera-se a distinção entre o público e o privado. O público é incluído no aparelho do Estado, a serviço do monarca, e o privado abriga os excluídos do aparelho estatal. Há uma clara contraposição entre o poder do rei que persegue o bem comum e os súditos que perseguem seus interesses particulares. Em suma, o público passa a ser identificado com o Estado e o privado se incorpora na vida particular do indivíduo. Com o aparecimento da burguesia mercantilista europeia, o trabalho e a atividade econômica, os quais ultrapassam os limites territoriais da cidade, se deslocam para a esfera do político e, por conseguinte, o poder passa para as mãos da sociedade civil burguesa. É nesse momento histórico que a esfera privada da sociedade se torna publicamente relevante. Na sociedade burguesa, o conceito de econômico se desassocia do espaço e do papel familiar. O homem privado combina o papel de dono de mercadorias com o de pai de família, o de proprietário com o de “homem” simplesmente. A categoria de público passa a ser identificada como estatal e social e o privado como social e privativo, no qual se vai situar o direito à intimidade.

No final do século XIX, estabeleceu-se a prática do “*right of privacy*” ou “*right to be let alone*”, a partir da obra de Warren e Brandeiss “*The right of privacy*”, em 1890. A 4ª Emenda à Constituição Americana garante o Direito à Intimidade.

Já no século XX, o direito à privacidade consagra-se em vários textos constitucionais. Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, prevê no artigo 1º: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-lo e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” A Áustria em 31/5/65 e a Suíça em 20/12/68 adotam também o direito à privacidade. Na França, a jurisprudência foi quem contribuiu para o reconhecimento do direito à vida privada, só introduzido na legislação em 1970, sob a forma restrita de “lesão à intimidade”. A questão se internacionalizou na segunda metade do século XX, quando a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, realizada em maio de 1967, na cidade de Estocolmo, fez inserir no documento a seguinte definição: “O direito à intimidade é o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia”. Em Portugal, o Código Civil de 1967 e a Constituição de 1976 garantem o direito à privacidade plenamente. Na Espanha, a Constituição de 1978 protege a intimidade pessoal.

A imprensa, como a privacidade, também tem sua origem na modernidade. Com o intercâmbio mercantil, operou-se igual mudança na troca de informações, que passa a atender às exigências da nova atividade econômica mercantilista. Com a expansão comercial, fez-se necessária a troca mais frequente de informações sobre fatos espacialmente distantes. O processo de informação vai aos poucos submetendo-se à lei de mercado burguesa. Logo se percebeu a importância política da imprensa e, no fim do século XVII, surgem os jornais e revistas e começa a se formar a “opinião pública”, sendo que o que é submetido ao julgamento dos leitores ganha “publicidade”. Por sua vez, a liberdade de manifestação do pensamento, ou de expressão, ou de comunicação tem como seu primeiro diploma legal o “*Bill of Rights*” de 13 de fevereiro de 1689, que, no artigo 8º, dispunha: “Que a liberdade de expressão no seio do Parlamento, assim como os debates ou encaminhamentos, só pelo próprio Parlamento podem ser restringidos ou questionados”. Em 1695 é extinto na Inglaterra o “*Licensing Act*”, que era uma licença para imprimir que submetia-se à censura do monarca, passando a Inglaterra à desfrutar da liberdade de imprimir. A liberdade de expressão aparece também em 1776 na Declaração de Di-

reitos da Virgínia: “A liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e nunca poderá ser cerceada, senão por governos despóticos”. Esse direito está na Primeira Emenda à Constituição Americana de 1787: “O Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta; ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos”. No século XIX, os cafés possuem importante função na formação da “opinião pública”, uma vez que eram locais de discussões políticas dos revoltosos ou liberais. Nessa época, ser liberal era lutar para que houvesse leis que garantissem liberdades e direitos dos indivíduos contra o poder do Estado. Leis que seriam feitas pelos representantes do povo e não pelo poder monárquico. No século XX, o público pensador de cultura e formador de opinião é efetivamente transformado em um público consumidor de cultura, massificando-se a opinião pública e consolidando-se o poder político e econômico das empresas de comunicação. Umberto Eco, muito sabiamente, aduz<sup>2</sup>: “Hoje, um país pertence a quem controla os meios de comunicação” e acrescenta: “como sugeriu o professor Mc Luhan, a informação não é mais um instrumento para produzir bens econômicos, ela própria tornou-se o principal dos bens. A informação se transformou em indústria pesada. Quando o poder econômico passa de quem tem em mãos os meios de produção para os que detêm os meios de informação que podem determinar o controle dos meios de produção, também o problema da alienação muda de significado. Diante da sombra de uma rede de comunicação que se estende para abraçar o universo, cada cidadão do mundo torna-se membro de um novo proletariado e os meios de massa não veiculam mais uma ideologia, eles próprios são uma ideologia”. Por fim, prenuncia: “Quando triunfam os meios de massa, o homem morre”.

Portanto deparamo-nos, hoje, no século XXI, na “Era da Comunicação”, onde a posse da informação passou a ser o principal recurso da humanidade e o requisito primordial do poder, com um conflito de valo-

---

2 Viagem na Irrealidade Cotidiana - Crônicas da Aldeia Global, Ed. Nova Fronteira, 2ª ed, p. 165 e segs.

res inexorável: o direito à informação, que é um bem coletivo e não uma “mercadoria” e o direito à preservação de nossa intimidade. É nesse embate que temos que equilibrar e harmonizar esses dois valores fundamentais do homem, institucionalizando controles sociais, políticos e jurídicos para que haja democratização dos meios de informação e que esta seja utilizada a serviço e para o bem do homem, e não como forma de dominação social. Como sustenta Francisco de Oliveira: “Ou controlamos socialmente a informação ou seremos manipulados pela desinformação que é a informação perversamente intencionada.”

É incontestável que a imprensa atual é mais formadora de opinião do que informativa. Por sua vez, informação desvinculada da verdade não é informação. Aliás, mesmo que associada à verdade, poderá ser desinformação, quando há seleção de informações. Como bem lembra o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos: “quem tem poder para difundir notícias tem poder para manter segredos e difundir silêncio; tem, sobretudo, o poder para decidir se seu interesse é mais bem servido por notícias ou por silêncios”. É também inquestionável que, com a promulgação da Constituição de 1988, a liberdade de expressão é consagrada como direito fundamental e assume relevante importância no desenvolver da democracia, surgindo como defesa contra a censura, expressando a batalha entre o autoritarismo estatal e a liberdade individual, revelando-se então como uma liberdade pública fundamental, uma vez que se trata de uma prerrogativa do indivíduo face ao Estado. A censura com fundamento político, ideológico, ou mesmo artístico é atualmente repudiada pela Constituição Federal, pois é a negação da liberdade da expressão e, por conseguinte, incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

No entanto, começaram a surgir também abusos pelos meios de comunicação, gerando consequências danosas ao direito à intimidade do cidadão e violando-se outros direitos constitucionais como o da presunção de inocência, que se encontra previsto no artigo 5º, LVII. Na Constituição portuguesa, a proibição de censura vem inserida no direito à liberdade intelectual e não naquele relativo à liberdade de imprensa. Para Canotilho, isto significa que a proibição de censura aplica-se a toda e qualquer forma

de expressão e informação e não apenas à que tem lugar através do meio de comunicação.

Podem a honra pessoal e a imagem ser arruinadas em nome de uma suposta liberdade de expressão? Quais os critérios norteadores do poder de informar?

Há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e os direitos da personalidade (intimidade, honra e imagem) de outro, observando-se que ambos são constitucionalmente protegidos, o que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*), devendo se ressaltar que, tal como o ordenamento constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn proíbe, expressamente, a censura à imprensa (LF, art. 5º, I).

O Papa Pio XII já previa esse conflito entre a liberdade de imprensa e de informação *versus* o direito à privacidade e à intimidade e dizia: “Não é um exagero dizer-se que o futuro da sociedade moderna, bem como da estabilidade da vida interior, depende em grande parte da manutenção do equilíbrio entre a força das técnicas de comunicação e a capacidade de reação do indivíduo”.

Embora tenha sido a censura efetivamente abolida, estabeleceu o constituinte brasileiro alguns limites ao gozo das liberdades de expressão e de imprensa. Esses limites são impostos por outros direitos constitucionais fundamentais que, ao serem conjugados com a liberdade de expressão, com fulcro no princípio da unidade da Constituição, acabam por restringi-la, porque obrigam à harmonização entre os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais.

Como leciona Canotilho<sup>3</sup>: “O princípio da unidade da Constituição deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias e antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes, obrigando o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitá-

3 **Direito Constitucional**, Ed. Almedina, Coimbra, 5ª ed, 1991, p. 232 e 234.

rio de normas e princípios.”

A interpretação constitucional com base no princípio da concordância prática, embora tenha sido divulgada na literatura juspublicística por influência de K. Hesse Grundzuge, há muito que constitui um *canon of constitutional construction* da jurisprudência americana: “*It’s a cardinal rule of constitutional construction that the interpretation, i possible, shall be such that the provision should harmonize with all others*”.<sup>4</sup>

Princípios e Direitos Constitucionais não se anulam, impondo-se ao intérprete a composição dos conflitos de interesses para restabelecer os limites concretos à liberdade de informação, o que não importa, de maneira alguma, em ato de censura, autoritário, arbitrário ou antidemocrático. Não se pode confundir o exercício da atividade do Poder Judiciário impedindo a ameaça ou lesão de direitos com o instituto da censura. As restrições legítimas impostas pelo Judiciário aos casos concretos, com fundamentos nos próprios direitos fundamentais do homem, previstos na Constituição Federal, só fortalecem a democracia e o Estado de Direito. O Supremo Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), em vários acórdãos, já manifestou que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*immanente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente.<sup>5</sup>

O titular da liberdade de expressão ou de imprensa tem que, evidentemente, observar os demais direitos constitucionais, dosando sua liberdade com responsabilidade, já que o ordenamento jurídico protege o direito à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Portanto, tal como no Direito Alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos à intimidade, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação. Isso não significa que a tutela jurisdicional se restringe tão somente à eventual reparação de dano material

---

4 “Arizona Court”, cit. Por C.J. Antieau, **Constitucional Construction**, London/Rome/New York, 1982, p. 27.

5 “Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e Direito à Honra e à Imagem”, art. pub. nos **Cadernos de Direito Tributário** nº 5, por Gilmar Ferreira Mendes, p. 16/20. “Información, Libertad Del Prensa y Dignidad de la Persona”, art. pub. na **Ver. Jurídica da Catalunya**, p. 285/299.

ou moral decorrente de sua violação, sendo obviamente possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade (“*Aquilo que é inviolável não pode ser violado*”).

No artigo publicado, o jurista Pietro Perlingieri<sup>6</sup> é incisivo: “*Para la exoneración de la responsabilidad del periodista, no es necesaria, ni por otra parte es siempre suficiente, la verdad de los hechos: es necesaria la honestidad de su investigación y de su control, la integridad de las circunstancias; em otras palabras, son necesarias la lealtad y la diligencia profesionales. Ello hecho gritar a la violación de la libertad de prensa que no podría ser ejercitada bajo la espada de Damocles de la responsabilidad también civil. Todo poder, constitucional o no, y ciertamente el de la información no es el menos relevante no puede dejar de tener unos limites internos...*”

A limitação ao direito de exprimir-se está em perfeita consonância com o conceito clássico de que os direitos fundamentais não são absolutos e são restringidos por outros direitos igualmente fundamentais, podendo-se aplicar, por analogia, o princípio de que nenhum dos poderes estatais são também absolutos, devendo ser limitados entre si e harmonizados através de um sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Da mesma forma, deve haver um equilíbrio recíproco dos direitos fundamentais, a fim de que um direito individual não inviabilize outro direito garantido constitucionalmente. O freio para os abusos da liberdade de expressão é a valorização dos princípios éticos fundados em valores universais consensualmente aceitos. Um desses valores é o respeito à cidadania.

O direito à intimidade é um direito essencial à própria dignidade humana. A intimidade é fundamental como demonstra Pièrre Patenaude<sup>7</sup>, “*elle forme le contexte essentiel à l’interrelation profonde*”, se considerarmos que “*une composante essentielle de l’affection se trouve dans l’ouverture à l’autre, dans cette possibilité de lui exprimer les pensées les plus intimes sans*

6 “Información, Libertad Del Prensa y Dignidade de la Persona”, art. pub. na **Ver. Jurídica da Catalunya**, p. 285/299.

7 “La Protecion des Conversations em Droit Prive”, **Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence**, Paris, 1976, p. 74/78.

*crainte de ridicule ou d'opprobe*". Em seguida, diz o professor da Universidade de Sherbrooke, a importância social da proteção à intimidade, revelando que as grandes realizações, os descobrimentos artísticos e científicos e as mudanças sociais foram concebidos numa atmosfera de discrição, para concluir: "*La progression spirituelle de l'homme dépend d'une intériorisation possible uniquement dans un contexte d'intimité profonde.*" A relevância política da proteção à intimidade é indiscutível no regime democrático, pois sendo primordial à democracia o respeito à liberdade individual, para que esta possa realmente existir, é preciso reconhecer o direito à privacidade.

No momento em que a liberdade de expressão se choca com a intimidade de um indivíduo, essa liberdade se encerra, cabendo ao Poder Judiciário salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos. Se a intimidade é constituída por aquele núcleo não expropriável do indivíduo, somente ele pode autorizar sua desprivatização. Já o homem público tem o direito de preservar, apenas para si, os fatos de sua vida privada que não tenham qualquer relação com suas atividades públicas.

Não se pode negar a importância dos meios de comunicação na divulgação de muitos ilícitos, como desvios de verbas, superfaturamentos, casos de nepotismos e corrupção, sendo sua atuação decisiva no *impeachment* do ex-Presidente da República Fernando Collor de Melo e na renúncia do ex-Senador Antônio Carlos Magalhães, mas por sua vez a precipitação e o prejulgamento trouxeram consequências inestimáveis, como no caso da Escola Base em São Paulo. Na Inglaterra, a divulgação pela imprensa sensacionalista de uma lista com nomes de pedófilos investigados resultou no suicídio de várias pessoas que nem sequer chegaram a ser indiciadas.

Com efeito, a liberdade de expressão e a de informação não constituem direitos superiores a qualquer outro, como parece que querem fazer os poderosos empresários dos meios de comunicação de massa. Hão de se impor os limites mínimos necessários, como a proibição penal às condutas de caluniar, difamar ou injuriar que não representa qualquer violação ou censura, pois o âmbito de proteção ao direito de exprimir-se não permite a inviolabilidade da honra. Da mesma forma, eventuais restrições à liberdade de comunicação para se garantir um julgamento justo e imparcial

hão de ser igualmente permitidas, impedindo que os meios massivos de informação possam contribuir para a inobservância da independência dos juízes e imparcialidade dos julgamentos, sobretudo na esfera penal. Deve-se ainda proteger os indiciados e sua exposição prematura, antes do devido processo legal, para garantia da honra do indivíduo e também para prevenir julgamentos prévios e antidemocráticos, baseados em informações seletivas feitas pela mídia. A proteção aos adolescentes infratores também é outra forma de limitação à liberdade de expressão feita pelo artigo 143 do ECA. Há de ser controlada também a divulgação de qualquer material obtido por meios ilícitos, como interceptações telefônicas, violação de correspondência e de comunicações telegráficas, bem como a quebra de sigilo fiscal, bancário e dados confidenciais eletrônicos, uma vez que os próprios meios de informação, que se intitulam defensores da legalidade, não hesitam em se fazer receptadores da ilegalidade, quando a notícia pode render proveitos econômicos e sucesso empresarial. Nessa perspectiva, devemos também salientar o direito de resposta que é assegurado pelo artigo 5º, V da Carta Magna e artigos 29 e 30 da Lei nº 5.250/67.

Não podemos esquecer o saudoso Nelson Hungria que, com sua eloquência fenomenal, há três décadas atrás, em uma palestra proferida do III Congresso de Direito Penal e Ciências Afins<sup>8</sup>, concluiu: “O repórter, ávido de sensacionalismo e na preocupação de dar o “furo”, como se diz na gíria jornalística, não aguarda as informações da polícia ou não se contenta com elas, e põe-se a fazer indagações a *latere* ou por conta própria, atribuindo-se qualidade de detetive, usurpando funções que a lei comete exclusivamente à autoridade policial; resolve seguir pistas ao saber de sua galopante imaginação; revela detalhes cuja publicidade prejudica, às vezes irremediavelmente a ação policial contra os verdadeiros culpados; arrasta pela rua da amargura, por mera suspeita, pessoas inocentes, levando-as ao roldão, com seus familiares, em pasto à maledicências e execução públicas; transforma os mais infundadas conjecturas em palpitante realidade de fatos e vagos rumores em indícios incontrastáveis; arvora-se em orientar da

8 “A disciplina jurídica da liberdade de pensamento e informação”, RT 397, p. 9 *et seq.*

justiça e, no seu crescente desmando, para fazer prevalecer seus pontos de vista, vai ao extremo de cobrir de baldões o acusado, de insultar o advogado que o defende, de enxovalhar o juiz que não encontrou provas para a condenação. Ninguém pode achar que isso seja razoável ou que continue a ser permitido em homenagem à liberdade de manifestação de informação, como se tal liberdade, além de seus irrefragáveis direitos, abrangesse também a faculdade do exercício abusivo deles. Não se quer proibir que o repórter leve ao seu jornal ou estação emissora os informes obtidos na polícia, os resultados apurados no inquérito, os depoimentos ou debates em juízo. O que se pretende coibir é a novela policial sensacionalista em torno de crimes ou seus suspeitados autores, é a função de investigador policial que atribui o repórter em competição que a lei não lhe autoriza, é o comentário tendencioso, o noticiário provocador de escândalo para impressionar a opinião pública, com grave detrimento para o exercício da justiça penal, cujo interesse é a punição dos verdadeiros culpados e não de bodes expiatórios ou vítimas piáculas, que os repórteres costumam engendrar para desafogo da indignação pública e advento de deploráveis erros judiciais.”

A conclusão inarredável a que se chega é que a livre manifestação da imprensa deve ser exercida com ética e responsabilidade. Em seus pensamentos metafísicos na **Ética V** diz Spinoza<sup>9</sup>: “A primeira forma de liberdade não constitui em livrar-se das paixões- elas são necessárias, isto é, não dependem da nossa vontade, mas das leis da natureza humana. Ser livre não será, portanto, escapar das leis da natureza humana, mas, conhecendo tais leis, começar a deixar-se vencer apenas pelas paixões positivas. Não é uma ação que vence uma paixão, mas uma paixão forte que vence outra mais fraca”.

O Tribunal da Geórgia, já no início do século XX, alertava que: “Os que têm garantido o direito de expressão não devem abusar de tal direito. Nem aquele que detém o direito à intimidade deve abusar dele. A lei não permitirá o abuso nem de um nem de outro. A liberdade de expressão e de imprensa têm sido instrumento útil para manter o indivíduo dentro dos

<sup>9</sup> **Ética**, Baruch de Spinoza, trad. de Joaquim de Carvalho, Coleção Pensadores, v. XVII, 1973.

limites de sua conduta legal, decente e adequada. E o direito à intimidade pode ser utilizado convenientemente dentro de seus limites para manter os que falam, escrevem e editam dentro dos limites legítimos das tais direitos. Pode-se usar de um deles para moderar o outro; mas nenhum dos dois pode ser legalmente usado para destruir o outro”.

Desse modo, podemos afirmar de maneira categórica que todos direitos individuais são passíveis de limitações, sendo que talvez o único que escape a essa regra seja o direito à igualdade de todos perante à lei, garantido pelo artigo VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Tudo que é informação tende a se tornar público, por isso, num país como o nosso, com uma sociedade tão frágil politicamente e onde impera o poder político da mídia, a preservação da privacidade e da intimidade aparece como algo difícil de ser garantido pelas vias judiciais, pois como vaticina Calmon de Passos<sup>10</sup>: “Enquanto os homens não plantam no terreno da vida social a semente política adequada, a árvore do direito não germina, não viceja e, se germinar, será tão raquítica e débil que dela não se colherão frutos.” ♦

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. “A proteção constitucional e legal da liberdade de expressão do pensamento no Brasil”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, p. 167/182, jun. 1993.

BARROSO, Luis Roberto. “Liberdade de expressão, censura e controle de programação de televisão na Constituição de 1988”, **Revista dos Tribunais, São Paulo**, p. 129/152, ago. 2001.

BARUCH DE SPINOSA. **Ética**, tradução de Joaquim de Carvalho, Coleção Pensadores, v. XVII, 1973.

---

10 “A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal”, **Rev. Forense** nº 324, p. 61/67.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. “Os limites a liberdade de expressão na Constituição da República”, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 43/51, jan/mar 2000.

BRINDEIRO, Geraldo. “A liberdade de expressão e a propaganda eleitoral ilícita”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 175/180, abr/jun. 1991.

CARLIN, Vonei Ivo. “Justiça e Imprensa”. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, jan/mar. 1988. “Comunicações: Invasão da privacidade pela escuta telefônica”. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 35/40, dez. 1987.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Direito a privacidade”, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 51/76, 1998. “Lei da Morada e Direito de Informação, Mídia e justiça”. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 131/146, 2000.

CANOTILHO. **Direito Constitucional**, Editora Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, p. 232/234.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da Costa e Luiz Vicente Cernichiaro. **Direito Penal na Constituição**, São Paulo, RT, 1990. “Tutela penal da intimidade”, *in* **Comentários ao Código Penal**, 2/144-145, São Paulo, Saraiva, 1988.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. “A intimidade como Direito Subjetivo Privado”. **ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas**, São Paulo, p. 24/31, jun. 1985.

DIAS, José de Aguiar. “Direito a imagem e a intimidade”. **ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas**, São Paulo, p. 11/14, mar. 1994.

DOTTI, René Ariel. “A liberdade e o direito a intimidade”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 125/152, abr.jun. 1980. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**, S. Paulo, RT, 1980.

ECO, Umberto. **Viagem na Irrealidade Cotidiana - Crônicas da Aldeia global**, Ed. Nova Fronteira, 2ª ed, p. 165 e segs.

FERREIRA, Ivette Senise. “A intimidade e o Direito penal”. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, p. 96/106, jan. mar. 1994.

GOMES, Luiz Flávio. “Liberdade de imprensa, investigação criminal e respeito à pessoa”. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, set. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**, 2ª ed., São Paulo, RT, 1982, p. 7.

HENKEL. “*Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion*”, in **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**, Band II, Tubingen, 1958, p. 81.

HUNGRIA, Nelson. **A disciplina jurídica da liberdade de pensamento e informação**, RT 397, p. 9 e segs.

KARAM, Maria Lúcia. “O direito a um julgamento justos e as liberdades de expressão e de informação”. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, out. 2001.

LONGO, Eveni. “Direitos Humanos e a Proteção dos dados pessoais”. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, RDCN, São Paulo, p. 176/182, abr.jun. 1995.

MAMEDE, Gladston. “Ampla liberdade de imprensa. Entre as limitações profissionais e o direito de informar e de opinar pela mídia impressa e eletrônica”. **Revista Síntese de Direito Civil e processual Civil**, Porto Alegre, p. 12/27, maio/jun. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, RTFP, São Paulo, p. 16/20, out/dez 1993.

PASCHOAL, Janaína C & Podval, Roberto. “Amanhã, Quem sabe!” **Boletim IBCCrim**, São Paulo, jan. 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. “A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal”. **Revista forense**, Rio de Janeiro, p. 61/68, out/dez 1993.

PATENAUDE, Pierre. “*La protection des Conversations em Droit Privé*”, **Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence**, Paris, 1976, p. 74/78.

PERLINGIERI, Pietro. “*Información, Libertad del Prensa y Dignidade de la Persona*”, artigo publicado na **Revista Jurídica de Catalunya**, p. 285/299.

PIRES, Cláudio Albuquerque. “Do Direito a Intimidade”, **AJURIS**, Porto Alegre, p. 31/35, março 1986.

SAVEDRA, Modesto. “*El riesgo de lo privado y el simulacro de lo publico em la sociedad televisiva*”. **AJURIS**, Porto Alegre, março. 1997.

SANTANA, Selma Pereira de. “O princípio constitucional da inocência e a imprensa”. **Consulex. Revista Jurídica**, Brasília, outubro. 1998.

SANTOS FILHO, Ricardo Toledo. “A intimidade e seus reflexos no Direito Penal”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 449/465, dezembro de 1997.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. “A crise da privacidade e os meios de prova”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, outubro/dezembro de 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. “Considerações sobre o direito a intimidade das pessoas jurídicas”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, julho de 1990.

Traverso. “*Riservatezza e Diritto al rispetto allá vita privata*”, in **Rivista di diritto ind**, 1963, p. 2.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. “Tolerância e liberdade de opinião”. **Revista de direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, p. 153/159, abr/jun 1993.

# Inadimplemento das Obrigações

Mônica Ribeiro Teixeira<sup>1</sup>

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (p. 1) que:

*“O direito das obrigações tem por objeto determinadas relações jurídicas que alguns denominam direitos de crédito e outros chamam de direitos pessoais ou obrigacionais.*

*O vocábulo obrigação comporta vários sentidos, mas em todos eles, o conceito de obrigação é, na essência, o mesmo: a submissão a uma regra de conduta, cuja autoridade é reconhecida ou forçosamente se impõe.*

*Contudo, o direito das obrigações emprega o referido vocábulo em sentido mais restrito, compreendendo apenas os vínculos de conteúdo patrimonial, que se estabelecem de pessoa a pessoa, colocando-as, uma em face da outra, como credora e devedora, de tal modo que uma esteja na situação de poder exigir a prestação, e a outra, na contingência de cumpri-la.”*

As relações obrigacionais trazem, necessariamente em sua essência, mesmo que de forma implícita, a promessa de cumprimento das respectivas obrigações por parte das pessoas nelas envolvidas. Restra claro, portanto, que a finalidade final do direito das obrigações é fornecer meios para que o credor possa exigir o cumprimento da prestação ao devedor, pois de acordo como o secular princípio do *pacta sunt servanda*, os contratos devem ser cumpridos, em razão da manifestação da vontade, que obriga o contratante.

A doutrina de Orozimbo Nonato (p. 9) leciona que “a obrigação nasce para se extinguir com o seu cumprimento. O objetivo da obrigação não é

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Vara Única de Cordeiro.

*perdurar no tempo, mas sim cessar sua existência com o adimplemento. Com o adimplemento, geralmente, cessa entre as partes o vínculo jurídico.”*

Já Antunes Varela (p. 9) leciona que o cumprimento da obrigação é *“o ato culminante da vida da relação creditória, como consumação do sacrifício imposto a um dos sujeitos para a realização do interesse do outro.”*

A obrigação deve ser cumprida espontaneamente pelo devedor, como também pode ser cumprida após a interpelação feita pelo credor.

Excepcionalmente, as obrigações podem não ser cumpridas, ocorrendo o inadimplemento, que é o descumprimento da obrigação ou o cumprimento de forma incompleta.

Ensina Antunes Varela (p. 60) que *“o não cumprimento é a situação objetiva de não realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independente da causa da sua falta”*.

Na lição de Orlando Gomes (p. 173) *“pode o inadimplemento resultar de fato imputável ao devedor ou evento estranho à sua vontade, que determine a impossibilidade de cumprir”*.

Aponta Orozimbo Nonato (p. 13) os efeitos da inexecução da obrigação ou da sua má ou imperfeita execução *“se derivada de caso fortuito, a obrigação extingue-se. Porém, se, ao contrário, promanar da culpa do devedor, autoriza o credor a pedir perdas e danos ou o seu cumprimento específico.”*

Agostinho Alvim (p. 7) afirma que *“o inadimplemento do devedor pode tanto ser absoluto como se traduzir em simples mora. O inadimplemento absoluto ocorre quando a obrigação não foi cumprida e nem poderá ser no futuro, mais precisamente, quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber, e a mora se dá no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, entretanto, a possibilidade de cumprimento.”*

Ensina Karl Larenz (p. 362) que *“o devedor não está obrigado a cumprir somente a obrigação, mas também a cumpri-la diligentemente. Se a prestação é cumprida de maneira negligente e sem os cuidados necessários, enseja-se a reparação dos danos adicionais ou suplementares. Neste caso, a prestação não é impossível de ser realizada e os danos produzidos não se devem ao atraso no cumprimento, não podendo ser aplicados os princípios relativos à mora, deve ser*

*o devedor responsabilizado pelas perdas e danos do cumprimento imperfeito”.*

Como espécies de inadimplemento voluntário, temos o inadimplemento absoluto, que se resume à impossibilidade de prestação da obrigação em momento posterior ao tempo convencionado e o inadimplemento relativo, que se refere à viabilidade de cumprimento da obrigação, ainda que tardiamente.

Nesse passo, a culpa, em sentido amplo - culpa *stricto sensu* e dolo -, constitui elemento importante na análise do inadimplemento, embora não seja o fator decisivo no momento da apuração do *quantum* devido ao credor nos casos de descumprimento da obrigação.

O inadimplemento absoluto se caracteriza por criar uma impossibilidade ao credor de receber a prestação devida, convertendo-se a obrigação principal em obrigação de indenizar. A partir do descumprimento da obrigação, a prestação se torna inútil para o credor, de modo que, se prestada, não mais satisfará as necessidades do mesmo.

A questão da reparação ao credor é ressaltada por Maria Helena Diniz (p. 398) nos seguintes termos “*Pelos prejuízos sujeitar-se-ão o inadimplente e o contratante moroso ao dever de reparar as perdas e danos sofridos pelo credor, inserindo o dano como pressuposto da responsabilidade civil contratual [...] A responsabilidade civil consiste na obrigação de indenizar, e só haverá indenização quando existir prejuízo a reparar.*”

O inadimplemento relativo consiste no descumprimento da obrigação que, após descumprida, ainda interessa ao credor. A obrigação, neste caso, ainda pode ser cumprida mesmo após a data acordada para o seu adimplemento, por possuir, ainda, utilidade. Neste caso, o efeito do inadimplemento é a mora, ou seja, o retardamento da prestação.

Nesse sentido a jurisprudência:

*“Apelação cível. Ação indenização. Reconvenção. Distribuição comercial. Contrato de distribuição comercial é considerado um contrato atípico, pois utiliza várias espécies contratuais, sem nenhuma definição específica. Desta forma, para a análise da rescisão contratual, deve-se aplicar as normas gerais que regulam*

*os contratos, conjugado às cláusulas contratuais estipuladas pela partes. Inadimplemento relativo (mora). Parte autora comprou os produtos para revendê-los, porém deixava de proceder o respectivo pagamento das duplicadas emitidas. Descabida qualquer indenização à autora por danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, considerando que, se houve alguma culpa pelo rompimento da relação contratual, esta deve ser atribuída unicamente à parte demandante, que deixou de pagar as mercadorias adquiridas na época do vencimento. Constituição em mora. Desnecessidade porque se trata de mora ex re, ou seja, que decorre da própria natureza da obrigação. Restituição de ICMS. Pedido afastado. Responsabilidade do recolhimento é da ré por substituição tributária, mas, em verdade, é a autora quem suporta o efetivo encargo financeiro do tributo. Revisão contratual. Impossibilidade, considerando que já houve a resilição contratual. Negaram provimento à primeira apelação, da autora/reconvinda, e deram-no à segunda, da ré/reconvinte. Unânime”. (TJ/RS. Apelação cível nº 70024111924. Rel. Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 28 ago. 2008).*

Orlando Gomes (p. 197) ao dissertar acerca do inadimplemento relativo, utilizando nomenclatura diversa, afirma que “(...) *cogita-se, na teoria do inadimplemento, da impossibilidade transitória. Não raro, a obrigação pode ser cumprida, e, não obstante, o devedor deixa de cumpri-la no vencimento. Embora viável, a prestação não é satisfeita pontualmente. Há, enfim, retardamento, culposo ou não, a que a ordem jurídica não fica indiferente.*”

Temos, pois no inadimplemento relativo, a possibilidade de prestação da tutela específica, já que o objeto da obrigação será prestado da forma exata como convencionada pelos sujeitos da relação jurídica contratual.

Muitos doutrinadores optam pela nomenclatura “mora” para tratar de inadimplemento relativo, já que o retardamento na prestação configura o inadimplemento. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (p. 357), “diz-se que há *mora* quando a obrigação não foi cumprida no tempo, lugar

e forma convenionados ou estabelecidos pela lei, mas ainda poderá sê-lo, com proveito para o credor”.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (p. 390) advertem sobre as espécies de inadimplemento:

*“(...) ambos referem-se ao descumprimento da prestação principal: dar, fazer ou não fazer. Enquanto o inadimplemento absoluto, porém, resulta da completa impossibilidade de cumprimento da obrigação, a mora é a sanção pelo descumprimento de uma obrigação que ainda é possível, pois, apesar de ainda não realizada, há viabilidade de adimplemento posterior.”*

Vale ressaltar que a separação do inadimplemento em duas espécies, o absoluto e o relativo, encontra suporte no Código Civil pátrio. Na medida em que tal diploma legal pontua os efeitos do inadimplemento – entre eles a mora e as perdas e danos –, podemos inferir quando o descumprimento da obrigação torna seu objeto inútil em momento posterior ou quando o mero retardamento da prestação não é suficiente para inutilizá-la.

O primeiro caso, do inadimplemento absoluto, culmina nas perdas e danos, pois o objeto da obrigação se converterá, necessariamente, na indenização cabível. Em contrapartida, no segundo caso, a mora significa apenas o retardamento da prestação convenionada, de modo que o devedor ainda poderá realizá-la satisfatoriamente em outro momento, sem prejuízo da indenização necessária, caso haja algum dano advindo da demora.

O inadimplemento involuntário ocorre sem intenção das partes, é um descumprimento da obrigação indesejado, mas que apresenta alguns efeitos na ordem patrimonial.

A doutrina portuguesa prefere chamar o inadimplemento involuntário de retardamento casual. Explica Inocêncio Galvão Telles (p. 323) que *“dá-se o retardamento casual quando o devedor é impedido de realizar temporariamente a prestação por caso fortuito ou de força maior”*.

O parágrafo único do art. 393 do Código Civil dispõe sobre as excludentes de caso fortuito e força maior. O termo excludente é aqui enfatizado no sentido de excluir a regra da responsabilidade civil para os casos

de descumprimento do prometido na relação obrigacional.

Parte da doutrina não diferencia os conceitos de caso fortuito e força maior, pois entende que os termos devem ser tratados como sinônimos em decorrência da identidade dos efeitos que apresentam: são eventos imprevisíveis, inesperados.

Sobre o tema os julgados:

*“Trata-se de ação regressiva de indenização, postulando o recebimento do valor em razão do roubo, com emprego de arma de fogo, de veículo segurado, quando este estava sob a posse e guarda do preposto (manobrista) da recorrida. A Turma entendeu que, na ausência de pactuação em contrário, tratando-se de roubo comprovado, constitui evento inevitável, cuja ocorrência não está na dependência de qualquer precaução que pudesse a recorrida adotar, notadamente por se tratar de empresa que tem como atividade principal a alimentação e não a segurança.” (STJ. REsp 258.707-SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julgado em: 22 ago. 2000).*

*“O motorista, preposto da permissionária de transporte público, autorizou o passageiro a adentrar no coletivo pela porta da frente, carregando um pacote, já que não passava pela roleta. Dentro do embrulho havia material explosivo, que foi detonado acidentalmente, incendiando o interior do ônibus, causando lesões e a morte de alguns passageiros. A Turma entendeu não se tratar de caso fortuito, restando configurado o ato ilícito da empresa permissionária, que não cuidou de transportar com segurança seus passageiros (art. 22 do CDC), devendo responder pelo ato de seu preposto (art. 1.521 do CC). A responsabilidade do transportador não se origina exclusivamente dos eventos comumente verificados no exercício de sua atividade, mas de todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro de um leque amplo de variáveis inerentes ao meio, interno e externo,*

*em que trafega o coletivo.*” (STJ, REsp 168.985-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em: 23 mai. 2000).

Em relação à culpa nas relações jurídicas obrigacionais, é importante traçar a diferenciação de sua ocorrência nos contratos onerosos e benéficos.

Nos contratos onerosos, ou seja, nas relações jurídicas obrigacionais em que os sujeitos são credores e devedores mutuamente, ambos têm direitos e deveres recíprocos. No caso de inadimplemento em tais relações contratuais, a parte que descumprir a prestação responderá tanto por culpa quanto por dolo, como aduz Carlos Roberto Gonçalves (p. 353): *“Nos contratos onerosos, em que ambos obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício, respondem os contratantes tanto por dolo quanto por culpa, em igualdade de condições”*.

Nos contratos benéficos ou gratuitos, aqueles em que a relação contratual favorece apenas uma das partes, o contratante a quem o contrato beneficie responderá por simples culpa em caso de descumprimento – inadimplemento culposo –, enquanto o contratante a quem o contrato não favoreça responderá por dolo, ou seja, apenas se agiu intencionalmente para provocar um prejuízo na esfera patrimonial do outro sujeito.

Nesse sentido, aduz Gonçalves (p. 353) que *“mesmo não auferindo benefícios do contrato, responde pelos danos causados dolosamente ao outro contratante, porque não se permite a ninguém, deliberadamente, descumprir obrigação livremente contraída”*.

Para concluir, há que ser lembrado que o Código Civil aponta como efeitos do inadimplemento culposo da obrigação a mora, perdas e danos, juros, cláusula penal e arras, sendo certo que o legislador civil aplica tais efeitos para o não cumprimento de qualquer obrigação, quer seja esta contratual ou extracontratual. ♦

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Agostinho, **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1980.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. II, São Paulo, Saraiva, 2004.

DUQUE, Bruna LYRA; CARONE, Julia Carone, *www.ambito-juridico.com.br/.../index.ph...*

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Direito das Obrigações**, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GARDIOLO, Ricardo C, *www.cesumar.br/pesquisa/.../php/.../458*.

GOMES, Orlando, **Obrigações, Rio de Janeiro**, Forense, 1976 e 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. II, São Paulo, Saraiva, 2007 e 2008.

LARENZ, Karl, **Derecho de Obligaciones, tomo I, trad.** Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

NONATO, Orozimbo, **Curso de Obrigações**, 2ª parte, Volumes I e II, Rio de Janeiro, Forense, 1960.

TELLES, Inocência Galvão, **Direito das Obrigações**, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes, **Das Obrigações em Geral**, v. II, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 1992.

# Da Função Social da Propriedade: Uma Outra Perspectiva

**Natacha Nascimento Gomes Tostes  
Gonçalves de Oliveira<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

A função social da propriedade, consagrada no art. 5º, inciso XXIII da Magna Carta, irradia seus efeitos no Código Civil pela cláusula geral da limitação ao direito de contratar, no mesmo inserida pelo art. 421<sup>2</sup>, assim como pelo movimento que restou conhecido por Constitucionalização do Direito Civil, que tem como expoentes, dentre outros, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes.

Via de regra, verifica-se ser comum o discurso de que a propriedade exerce sua função social quando ligada à posse, seja à posse trabalho, seja à posse moradia, sendo que a primeira ocorre em geral na área rural, enquanto a segunda, na área urbana<sup>3</sup>.

Dessa forma, não estaria, em linha de princípio, cumprindo sua função social a propriedade não ocupada, devendo, no conflito entre a posse e a propriedade, prevalecer a primeira, posto que, em hipótese, não haveria o atendimento à função social da propriedade, em face da ausência da exteriorização dos poderes do domínio, respectivamente pelo exercício da atividade laborativa no primeiro caso e da fixação residencial no segundo.

---

1 Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias - RJ.

---

2 Art. 421, CC – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

---

3 Buarque, Sydney Hartung e Melo, Marco Aurélio Bezerra de; “A posse dos imóveis como instrumento de garantias fundamentais e as limitações ambientais” e Alcino, Marcos; “Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais nas Relações Negociais e Reais Imobiliárias”. – Seminário 10 anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, EMERJ, Março, 2012.

O que se pretende discutir neste ensaio é uma outra visão da função social da propriedade. Trata-se de observar a função social da propriedade sob o aspecto do investimento feito pelo proprietário, a movimentação da economia, a criação de empregos, na seara do antecedente, qual seja, na época da construção de uma unidade; na seara do consequente, qual seja, na manutenção da unidade, bem como sob os aspectos constitucionais que garantem o exercício do capitalismo na nação.

## **OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O CAPITALISMO**

A mesma Magna Carta que garante a função social da propriedade não deixa dúvida a respeito de ter o Brasil adotado como fundamento de sua economia o Capitalismo.

Assim é que a Constituição Federal reconhece o direito à propriedade privada (art. 5º, XXII), o direito à herança (art. 5º, inciso XXX), constando como princípio fundamental da República o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Em seu art. 170, a Magna Carta, ao regular a Ordem Econômica, estabelece como princípios regentes, fundados na livre iniciativa, a propriedade privada e o desenvolvimento de qualquer atividade econômica.

Feitas essas colocações, pensamos não haver dúvida sobre a adoção, em nível constitucional, dos princípios informativos do capitalismo na nação brasileira, não havendo, assim, espaço para que se afaste a ponderação, na solução nos conflitos envolvendo disputa entre propriedade e posse, do valor do capital investido na aquisição de uma unidade dominial, na discussão em como deve este ser considerado como fator que integra a função social da propriedade.

## **O SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL E A ECONOMIA BRASILEIRA**

Em época de estagnação da indústria, a construção civil tem, reconhecidamente, exercido papel fundamental para o incremento da econo-

mia e a geração de empregos. Com efeito, na forma exposta no boletim **Construção Civil: cenários e perspectivas**, “de 2004 a 2008 a taxa de crescimento do PIB do país foi de 4,8%. No mesmo tempo, a construção civil cresceu em uma taxa média de 5,1%”<sup>4</sup>.

Na mesma obra consta que:

*“Segundo a FGV, as expectativas de crescimento em 2010 são em torno de 11% em relação a 2009. Se este ano será lembrado pelo forte incremento nas atividades do setor, segundo a CNI, as expectativas dos construtores para 2011 é que este crescimento seja um pouco menos acelerado, onde a construção civil deve expandir suas atividades em torno de 6,0%. Dados da CNI mostram que o otimismo dos construtores teve uma leve queda no fim do ano de 2010, mas ainda está em alta”.*

No que diz respeito à geração de postos de trabalho, a construção civil não ocupa função menos importante.

O quarto boletim do DIEESE informa que:

*“Em 2010, a retomada do crescimento econômico em patamar superior ao verificado nos últimos anos – após uma momentânea interrupção por conta da crise internacional em 2009 – tem propiciado uma melhora, ainda de que forma e intensidade diferenciada, dos mercados de trabalho das regiões pesquisadas pela Pesquisa de Emprego e Desemprego – PED.*

*Nesse contexto, a Construção Civil tem sido um dos principais carros-chefe do crescimento econômico atual, impulsionada pela recuperação dos investimentos, maior facilidade de acesso ao crédito e prorrogação da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI para material de construção até dezembro de 2010. Como resposta ao dinamismo do setor, o número de postos de trabalho na Construção Civil ampliou-se, juntamente com o*

---

<sup>4</sup> “Construção Civil: cenários e perspectivas”. **Indicador Consultores Associados**, Belo Horizonte, Janeiro, 2011, Disponível em [www.indicadores.srv.br](http://www.indicadores.srv.br), acesso em 10/04/2012.

*crescimento do rendimento médio real, no primeiro semestre de 2010, na maioria das regiões pesquisadas.*<sup>5</sup>

Resta claro, assim, a importância do setor da construção civil para o desenvolvimento da economia brasileira, a gerar não apenas arrecadação a fim de que possa o Estado haver recursos a bem de empreender suas atividades, inclusive sociais, como também a bem de gerar postos de trabalho e renda.

Além disso, em que pese estar o setor da construção civil inserido no setor de serviços, o mesmo movimentará vários outros setores da economia, desde o comércio de matéria prima e insumos, até mesmo o setor primário, incentivando, dessa maneira, a produção interna, vez que o crescimento do setor faz com que haja necessidade de aquisição de maior quantidade de insumos, favorecendo a indústria nacional frente ao setor de importações.

Ocorre porém que, para que tão importante setor da economia nacional continue sua rota de expansão, há que se garantir que existam interessados na aquisição de unidades colocadas à venda no mercado pelos construtores, para que estes possam gerar postos de trabalho e renda. E para tanto, é mister outorgar a tais interessados segurança de que seu direito de propriedade será efetivamente respeitado.

## A PROPRIEDADE COMO INVESTIMENTO

Inicialmente, frise-se que o problema que será tratado neste ensaio resumir-se-á à questão da aquisição de unidades urbanas, a bem de uma maior delimitação do tema.

Nesse sentido, é fato que, em considerável número de casos, as unidades residenciais colocadas à venda no mercado são adquiridas por aqueles que intentam nelas fixar residência. Nesse caso, a função social da propriedade não apresentará maiores dificuldades, eis que se conjugará o binômio propriedade-posse moradia.

---

<sup>5</sup> Boletim Trabalho e Construção, nº 04, DIEESE, outubro de 2010.

Ocorre porém que, em uma nação onde é garantida a livre iniciativa, que engloba o direito ao livre investimento do capital, assim como o direito à herança, existem algumas situações em que há a aquisição da unidade residencial não destinada, ao menos de imediato, à ocupação em tais caso, merece ser considerada a efetiva outorga da proteção jurídica ao adquirente, bem como a segurança jurídica devida àquele que investiu seu capital por conta dos preceitos estabelecidos nas diretrizes do parágrafo único do art. 170 da Constituição da República.

É o caso, à guisa de exemplo, daquele que entende por bem investir em imóveis. Diga-se que A venha a adquirir 03 apartamentos, não os desejando local, mas aguardar a valorização dos mesmos para revenda, período durante o qual manterá o pagamento dos impostos, encargos condominiais e conservação das unidades. Pela teoria clássica, tais unidades, em princípio, não estariam cumprindo sua função social, já que não ligadas à posse moradia.

Ocorre, porém, que o adquirente tem a garantia constitucional da livre iniciativa. Da mesma forma que poderia ter migrado para a bolsa de valores, o adquirente decidiu investir em imóveis, onde seu capital contribuiu para a geração de postos de trabalho e renda. Deu azo à arrecadação de impostos, e, enquanto a propriedade estiver em suas mãos, continuará ensejando tal arrecadação.

Indaga-se, assim, se o investimento empregado deve ser desconsiderado quando se aprecia a função social da propriedade. Aquele que, firme nos preceitos que fundamentam a ordem econômica nacional, optou por efetuar tal investimento, deve efetivamente restar desprotegido?

Com efeito, a moradia também é uma garantia constitucional, mas quem deve garanti-la é o Estado, e não o particular, sendo prestacional, a nosso juízo, a norma do art. 6º da Magna Carta, e não garantista.

Outro caso que merece reflexão é o do pai que adquire unidades residenciais com o intuito de destiná-las a seus filhos. Aqui também houve investimento, geração de empregos, renda, movimentação da economia. Se o direito de herança é garantido constitucionalmente, pode ser negado a alguém o direito de construir em vida o patrimônio que deseja deixar como herança para seus descendentes?

Observe-se que, durante brilhante seminário ministrado na EMERJ,

quando da comemoração dos 10 anos do Código Civil<sup>6</sup>, correntes defendidas frisaram que o proprietário nesses casos deve manter-se vigilante, e que havendo invasão, deve logo providenciar o ajuizamento da ação possessória correspondente.

Ocorre, porém, que, em muitos casos, a posse indireta é de difícil prova, e a via que socorre o proprietário é apenas a ação petítória. Outrossim, o fator tempo mencionado nas palestras do no seminário acima citado<sup>7</sup>, de três, quatro meses, parece-nos, em muitos casos, inadequado, com todas as vênias dos expositores, diante de casos concretos.

Basta que o proprietário, por exemplo, esteja em viagem no exterior, para um curso de doutoramento, para que tal prazo facilmente seja ultrapassado.

Não se procura, aqui, eliminar nem minorar a validade ou o valor da posse trabalho ou da posse moradia como fatores que identifiquem a função social da propriedade, mas apenas introduzir um outro fator a ser considerado, qual seja, o fator investimento do proprietário, como motor da economia nacional e fator de geração de empregos a ser sopesado na solução dos conflitos.

Nesse sentido, cabe citar as palavras de Luciano Timm:

*“A crise financeira dos governos, a globalização, a sociedade em rede, a formação de blocos econômicos colocam em xeque o próprio modelo de Estado Social, e, por via de consequência, o modelo distributivista baseado no ideal de justiça social... Na verdade, é o desenvolvimento adequado do sistema econômico capitalista ... que acaba viabilizando os meios de progressão social. Portanto, deve-se pensar numa interpretação do sistema jurídico que melhor contribua para esse fim, e não que com ele colida”<sup>8</sup>*

---

6 “Seminário 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos”, EMERJ, Março, 2012.

7 Idem, *ibidem*.

---

8 Timm, Luciano Benetti. “Direito, Economia e a Função Social do Contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito”. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. RT, 2006, v. 33, p. 15-31.

## CONCLUSÃO

Não se questiona que a função social da propriedade é um dos pilares da Carta Cidadã. O que se buscou trazer nesse ensaio foi uma terceira visão sobre a função social da propriedade.

Temos que, além da posse trabalho e da posse moradia, a propriedade cumpre também a função social quando enxergada sob o enfoque do investimento feito pelo adquirente de unidades residenciais, posto que tal aquisição movimentou o setor da construção civil, gerando postos de trabalho e renda, arrecadação de impostos, sendo um dos grandes motores da economia nacional.

Por óbvio, o proprietário investidor há de manter as unidades adquiridas conservadas, as obrigações fiscais quitadas, assim como observar a quitação das demais obrigações financeiras incidentes sobre as unidades, na forma da Lei Civil.

Feito isso, diante do princípio constitucional que consagra o direito à livre iniciativa, o qual engloba a livre escolha dos investimentos, assim como os princípios que regem a ordem econômica nacional, temos que, ao apreciar conflitos envolvendo a função social da propriedade, o fator investimento não pode ser olvidado pelo julgador.

É uma reflexão. ♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Boletim Trabalho e Construção**, nº. 04, DIEESE, outubro de 2010.

BRASIL, **Código Civil, Código Processual Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil e Empresarial**. 12<sup>a</sup> ed. Cahali, Youssef, Said. Organização. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL - “Seminário 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos”, EMERJ, Março, 2012.

BUARQUE, Sydney Hartung e Melo, Marco Aurélio Bezerra de; “A posse dos imóveis como instrumento de garantias fundamentais e as limitações ambientais” e Alcino, Marcos; “Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais nas Relações Negociais e Reais Imobiliárias”. – “Seminário 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos”, EMERJ, Março, 2012.

“Construção Civil: cenários e perspectivas”. **Indicador Consultores Associados**, Belo Horizonte, Janeiro, 2011, Disponível em *www.indicadores.srv.br*; acesso em 10/04/2012.

TIMM, Luciano Benetti. “Direito, Economia e a Função Social do Contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito”. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. RT, 2006, v. 33, p. 15-31.

# Consequências do Inadimplemento das Obrigações

**Natascha Maculan Adum Dazzi<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

Em toda relação jurídica obrigacional, o devedor, ao se obrigar, retira parcela de sua liberdade em favor de um credor. Nessas relações jurídicas que têm por objeto uma prestação do devedor ao credor, a regra é o seu adimplemento, ou seja, a satisfação do crédito pelo devedor. Entretanto, por diversos motivos pode ocorrer o não cumprimento da prestação acertada nessa relação jurídica pessoal. Tal fato pode se dar quando o devedor se recusa a satisfazer o seu débito, quando o faz com atraso ou quando cumpre a obrigação de forma diversa da prevista em um contrato. O inadimplemento das obrigações é um gênero do qual fazem parte o inadimplemento absoluto e a mora.

O Código Civil de 2002 tratou deste assunto nos artigos 389 a 420. A topografia do assunto no código nos dá uma dimensão exata do sistema do inadimplemento das obrigações no Direito Civil brasileiro. Primeiro o legislador cuidou do inadimplemento absoluto das obrigações, em seguida tratou da mora e logo adiante abordou as consequências do inadimplemento (legais, judiciais e convencionais).

## DESENVOLVIMENTO

### DA MORA

A mora pode ocorrer por atuação do devedor ou do credor. Ambos os polos de uma relação obrigacional podem se encontrar em eventual

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

inadimplemento por mora. O art. 394 do Código Civil traz os casos em que o devedor e o credor podem ser considerados em mora. Quando o devedor não quiser efetuar o pagamento ou o credor não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei estabelecer, considerar-se-ão em mora. Assim, desse dispositivo denota-se que a mora pode se dar em face do tempo, do lugar do pagamento ou da forma como o pagamento é realizado.

Existem, portanto, dois tipos de mora: a mora *solvendi* (mora do devedor) que não paga no tempo, no local ou na forma ajustada (mora *solvendi*) e a mora *accipiendi* (mora do credor) que se recusa sem justa causa a receber o pagamento (mora *accipiendi*).

Desse conceito, destaca-se o elemento objetivo da mora que é o cumprimento imperfeito da obrigação, ou seja, a obrigação não foi corretamente cumprida. Além desse elemento objetivo, para o devedor entrar em mora se faz necessária a presença de um elemento subjetivo que é a culpa. Assim, o devedor só entra em mora se ficar provado que ele foi culpado pelo atraso no adimplemento da obrigação. Essa é a inteligência do art. 396 do Código Civil ao dispor que “*não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora*”.

Se um determinado devedor não paga sua dívida na data ajustada em razão de naquele dia estar ocorrendo greve bancária, esse devedor não está em mora. O atraso do pagamento não se deu por sua culpa, mas sim por caso fortuito, ou seja, fato que a ele não pode ser imputado, razão pela qual não ocorre mora pela ausência de elemento subjetivo para a sua configuração. Por outro lado, o devedor incorre em mora se não paga a sua dívida injustificadamente. Havendo negligência por parte do credor em cumprir a prestação, a sua mora está configurada. Observa-se que a culpa descrita no art. 396 do Código Civil é presumida, isto é, o devedor é quem deve provar o fato alheio a sua vontade que lhe impede adimplir a obrigação. Há uma inversão no ônus da prova, pois o credor não precisa provar que o devedor está em mora. Caso o devedor não constitua prova em seu favor, presume-se a sua culpa e ele estará em mora.

### DA MORA ACCIPIENDI

Conforme o que já ficou exposto, a mora do credor ou mora *accipiendi*, se dá quando este, sem justa causa, se recusa a receber o pagamento do devedor. O credor só tem direito a recusar a prestação oferecida se houver justa causa para tanto. Assim, conclui-se que está em mora o credor se a recusa em receber é injustificada.

Como para o credor, a sua mora independe de culpa, mesmo que este não possa receber por motivo de doença ou outro fortuito, caracterizada estará a mora *accipiendi*.

Segundo o art. 400 do Código Civil, a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo da responsabilidade pela conservação da coisa. Dessa forma, se o devedor se mantém na posse de coisa que o credor se recusa injustificadamente a receber, aquele não terá nenhuma responsabilidade pelo perecimento do bem, salvo se houver agido com dolo, isto é, com a intenção de causar o dano.

Como consequência dessa regra, o mesmo art. 400 obriga o credor moroso a ressarcir o devedor das despesas empregadas na conservação da coisa. Ora, por mais que o devedor esteja isento de responsabilidade pelos riscos da coisa em caso de mora do credor, o legislador não permite ao devedor o abandono da coisa. Por isso, para evitar que o devedor seja injustamente sobrecarregado com os gastos de conservação da coisa devida, a lei obriga ao credor o ressarcimento desses prejuízos.

A última consequência advinda da mora *accipiendi* é a imposição ao credor em receber a prestação pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre a data estipulada para o pagamento e a data em que ocorrer a sua efetivação.

Por último, ressalte-se que ainda restará ao devedor, em caso de mora do credor, a possibilidade da consignação judicial da coisa devida. O pagamento é também um direito do devedor, razão pela qual para se liberar, o ordenamento jurídico lhe oferece a via judicial da ação de consignação em pagamento (art. 890 *usque* 900 do CPC).

## DA MORA *SOLVENDI*

No estudo da mora é necessário perquirir a partir de quando ela está configurada ou o momento em que ela se faz presente. No caso da mora do devedor, quando se trata de obrigação com prazo, a mora é automática. A doutrina fala ordinariamente em mora *ex re*, ou seja, o credor não precisa fazer nada porque vencida a obrigação o devedor automaticamente está em mora (art. 397 do CC).

Nas obrigações estabelecidas sem prazo a mora depende da interpeção judicial ou extrajudicial. Assim, em um contrato de comodato em que “X” empresta determinada obra de arte a “Y” sem prazo para devolução, surgirá para “Y” a obrigação de restituir a obra de arte quando “X” determinar essa restituição, ou seja, o credor “X” interpelará o devedor “Y” a devolver o objeto do comodato. Não sendo cumprida a exigência do credor, a partir da interpeção o devedor “Y” estará em mora.

A única maneira de se constituir o devedor em mora é através da interpeção. Essa é a dicção do parágrafo único do art. 397 do Código Civil. Trata-se da chamada mora *ex persona* que se constitui somente quando a pessoa do devedor tiver sido interpelada judicialmente ou extrajudicialmente. Quando o devedor é interpelado, em regra, o credor lhe concede um prazo para que cumpra a prestação, estando aquele em mora após o transcurso desse prazo.

Já quando as obrigações não estipulam prazo para o seu cumprimento, a mora não é automática, sendo necessário que o credor tome certas providências para constituir o devedor em mora.

Além da mora decorrente da inexecução de obrigações com termo (mora *ex re*) e da mora decorrente da inexecução de obrigações sem termo (mora *ex persona*), o direito brasileiro também faz previsão da mora decorrente da prática de atos ilícitos. Cometido um ato ilícito por alguém, surge para essa pessoa a responsabilidade de ressarcir os prejuízos causados com sua conduta. Da redação do art. 398 do Código Civil, conclui-se que esse devedor está em mora a partir do dia em que praticou o ato ilícito. Nesses casos, verifica-se que a mora é presumida, pois os efeitos são imediatos.

Segundo o disposto no art. 405 do Código Civil, os juros de mora contam-se a partir da citação inicial. Com efeito, o Código de Processo Civil em seu art. 219 prevê esse mesmo efeito para a citação (além de outros) qual seja, constituir o devedor em mora.

Entretanto, nem sempre os juros de mora se verificarão a partir da citação. Como já visto, na mora *ex re* os juros de mora correrão a partir da data do vencimento da obrigação. No caso de mora *ex persona*, se antes da citação do devedor ocorrer a interpelação extrajudicial, os juros de mora contam-se a partir da data dessa interpelação e não a partir da citação. A outra situação já exposta em que não se aplica a regra do art. 405 é a do devedor que praticou ato ilícito extracontratual, pois nesse caso os juros de mora são devidos a partir da data do evento, nos moldes do verbete nº54 da Súmula da jurisprudência dominante do STJ, *verbis*:

**“Juros Moratórios - Responsabilidade Extracontratual - Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”**

Uma questão importante a ser estudada nesse tema é a que trata dos efeitos da mora *solvendi*. Existem duas consequências decorrentes da mora do devedor: as consequências de responsabilidade e as consequências patrimoniais.

Quanto às consequências de responsabilidade, o Código Civil adota a teoria do risco integral em caso de mora do devedor. Pela redação do art. 399 do Código, o devedor que está em mora passa a ser responsável pela impossibilidade da prestação até mesmo se esta decorrer de caso fortuito. Nesse sentido, o devedor moroso assume integralmente a responsabilidade pela impossibilidade do cumprimento da obrigação.

Interessante notar que o legislador cometeu um pequeno deslize na redação do art. 399 em sua parte final. Nesse dispositivo, o legislador diz que o devedor em mora não é responsabilizado integralmente pela impossibilidade da prestação se provar isenção de culpa. Ocorre que se o devedor não incorrer em culpa, ele não estará em mora, eis que a culpa é elemento subjetivo da mora. Dessa forma, se o devedor não foi culpado pela mora,

não há incidência da chamada consequência de responsabilidade. Consta-se totalmente inapropriada a ressalva feita pelo legislador consubstanciada na expressão “*salvo se provar isenção de culpa*”.

As consequências patrimoniais da mora do devedor estão descritas no art. 395 do Código Civil. O devedor em mora responde pelos prejuízos a que sua mora der causa: pagará a prestação, as perdas e danos, os juros decorrentes da mora, a atualização dos valores monetários e os honorários advocatícios. Essas são as consequências patrimoniais da mora do devedor.

As perdas e danos são devidas porque o inadimplemento de uma obrigação, seja ele absoluto ou relativo, causa um dano patrimonial ao credor. As perdas e danos, como regra geral, abrangem o que o credor efetivamente perdeu e o que provavelmente deixou de lucrar (art. 402 do CC).

Na prática, na grande maioria dos contratos é inserida uma cláusula destinada a prever o *quantum* da indenização pelas perdas e danos. Essa cláusula é denominada cláusula penal, e constitui-se em uma pré-fixação de perdas e danos para o caso de descumprimento da obrigação.

Se o descumprimento da obrigação é parcial, trata-se da cláusula penal moratória, fixada para definir o valor da indenização em caso de mora do devedor.

Essa cláusula penal moratória, também chamada de multa moratória ou pena convencional, faz o papel de substituir o valor das perdas e danos (pelo inadimplemento relativo). A vantagem da inserção desse tipo de cláusula em um contrato é que, em caso de inadimplemento, o credor não necessitará proceder à liquidação das perdas e danos, pois este valor já está predeterminado. A cláusula penal também tem uma segunda função de natureza coercitiva e de caráter secundário (residual), eis que ela constrange o devedor a cumprir a obrigação.

A cláusula penal ainda tem um caráter cumulativo porque ela não substitui a obrigação principal, ou seja, a obrigação principal permanece. E esse é o entendimento que se depreende da leitura do art. 411 do Código Civil, pois estipulada a cláusula penal para o caso de mora, o credor terá direito de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Além da cláusula penal moratória, os juros de mora também são uma das consequências patrimoniais da mora do devedor.

Os juros podem ser classificados de acordo com a origem e de acordo com a finalidade. Pela origem, os juros podem ser legais ou contratuais, e com relação à finalidade podem ser compensatórios ou moratórios. Os juros legais são os fixados pela lei no silêncio das partes que pactuam uma relação obrigacional. Os juros contratuais, também chamados convencionais, são os estabelecidos pelas partes no contrato. Os juros compensatórios são os frutos civis, rendimentos que se derivam de um empréstimo do capital (art. 591). Essa remuneração é devida àquele que ficou privado de seu capital por certo tempo colocando-o à disposição de outra parte. É o “preço pago pelo empréstimo do dinheiro”. Nisso reside o caráter compensatório desse tipo de rendimento.

Já os juros moratórios, que são os que ora nos interessam no estudo do inadimplemento das obrigações, não se constituem em compensação pelo empréstimo de capital. Com efeito, os juros moratórios não se tratam de remuneração e sim de uma sanção. São efetivamente uma pena para o devedor que entra em mora e não cumpre a sua obrigação com perfeição. Por isso, os juros de mora possuem uma função intimidatória para o devedor, eis que este é coagido a quitar seus débitos sob pena de sobre eles incidir esses juros moratórios. Destarte, é perfeitamente possível cumular os juros moratórios com a cláusula penal, porque esta tem caráter indenizatório (compensatório) enquanto aqueles têm uma função sancionatória.

A atualização monetária é outra das parcelas que o devedor moroso está sujeito a pagar. A atualização monetária pode ser concedida de ofício pelo juiz. Assim, mesmo que o credor em uma ação de cobrança não tenha se pronunciado sobre essa questão, a atualização monetária é devida por ser considerada um pedido implícito contido na petição inicial. A atualização monetária não passa de um acréscimo decorrente da desvalorização monetária.

Quanto aos honorários advocatícios mencionados no art. 395 do Código Civil, é importante não confundi-los com a verba de sucumbência prevista no art. 20 do Código de Processo Civil. Pelo Código Civil, o de-

vedor além de pagar a prestação devida, perdas e danos, juros moratórios e atualização monetária, terá que pagar também honorários ao advogado do credor que intermediou o acordo. Essa verba se refere a honorários devidos em razão de acordo extrajudicial. A doutrina entende que um valor razoável a ser estipulado a título de honorários advocatícios para esses casos é o de 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida.

### DO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

Existem casos em que o descumprimento da obrigação extingue a utilidade da prestação obrigacional ao credor. Nessas situações, a obrigação não foi cumprida e nem poderá sê-lo, e o credor não terá mais a possibilidade de receber aquilo a que o devedor se obrigou. Tal ocorre, por exemplo, quando o objeto da obrigação perece por culpa do devedor. Essas hipóteses configuram o chamado inadimplemento absoluto, o qual se diferencia do inadimplemento relativo que se dá na hipótese de mora.

Na mora o descumprimento da obrigação não é definitivo, mas é sanável, porque a obrigação ainda pode ser cumprida com utilidade para o credor. A mora é passível de purga conforme se depreende do art. 401, inciso I, do Código Civil.

Com o inadimplemento absoluto a situação é oposta, pois o descumprimento gera a “morte” da relação obrigacional. No inadimplemento absoluto ou a obrigação não pode mais ser cumprida, ou ainda que possa ser cumprida, a prestação não é mais útil ao credor. O inadimplemento absoluto ocorre então quando a prestação, em razão do atraso, se torna inútil para o credor

O interesse do credor caracterizará o inadimplemento como absoluto ou relativo. Desse modo, o credor poderá exigir o cumprimento da obrigação ajuizando uma tutela específica, ou poderá ter interesse na resolução contratual, pois a prestação se tornou inútil em razão da mora (art. 395, § único, do CC). Em caso de mora, o credor tem direito de ajuizar uma ação de resolução do negócio jurídico porque o inadimplemento gera para ele o direito potestativo de resolver o negócio jurídico. O credor ainda poderá

cumular o pedido de desfazimento do negócio jurídico com o pedido de perdas e danos. Esse entendimento é ainda sufragado pelo conteúdo do art. 389 do Código Civil, pois quando há inadimplemento, existe a culpa do devedor, sendo devida ao credor indenização pelas perdas e danos.

## CONCLUSÃO

Segue caso concreto por mim decidido, quando em exercício junto à 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

### PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 7ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL

Processo n.º 2005.001. 146813-9

## SENTENÇA

Vistos etc.

Cuida-se de ação rescisão contratual c/c reintegração de posse proposta por R. e OUTRA em face de J. alegando, em síntese, que celebraram contrato de cessão e transferência de parte de suas cotas da sociedade empresária denominada RESTAURANTE E BAR LTDA, da qual eram únicas sócias, na proporção de 50% (cinquenta por cento) das cotas para cada uma.

Aduzem que pelo referido contrato, a primeira autora deveria ceder ao réu 6.000 (seis mil) cotas, enquanto a segunda autora cederia todas as suas 10.000 (dez mil) cotas, passando o réu a exercer com exclusividade a administração da sociedade e assumindo ainda todas as dívidas da empresa, que deveriam ser quitadas no prazo de 150 (cento e cinquenta) dias, contados da data da assinatura do contrato, nos termos da cláusula

terceira.

Alegam ainda que para a garantia da dívida foram emitidas 8 (oito) notas promissórias vinculadas ao contrato. Entretanto, sem justo motivo, o réu não pagou o preço ajustado, razão pela qual requerem a rescisão contratual, com a conseqüente reintegração na posse do imóvel, bem como indenização por perdas e danos.

Por fim, as autoras admitem ter recebido, sem mesmo ter passado recibo, a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil) reais.

A inicial, de fls. 02/09, veio instruída com os documentos de fls. 10/44.

Deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos da decisão proferida às fls. 51/52.

Contestação às fls. 58/60, na qual afirma o réu que ao negociarem o contrato lhe foi omitida a situação financeira da empresa, sendo certo que a sociedade nunca auferiu qualquer lucro.

Afirma ainda que, ao contrário do alegado pelas autoras, pagou inicialmente o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil) reais, ficando acordado entre as partes que o restante da dívida seria pago de acordo com o faturamento da sociedade, tendo realizado obras de melhoria no local, inclusive com a compra de equipamentos.

Assevera que em relação às dívidas, quitou algumas, inclusive dívidas trabalhistas, as quais também seriam de responsabilidade das autoras.

Por fim, aduz que não se opõe a resolução do contrato, contudo deverá ser realizado um encontro de contas, tendo em vista os investimentos já realizados.

Em réplica de fls. 64/66.

Juntada de documento às fls.102/112.

**É o relatório.**

**Passo a decidir.**

Conheço diretamente do pedido, já que não há necessidade de produção de provas em audiência, tal como preceitua a regra do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

As autoras cederam cotas de sociedade para o réu, bem como a posse de bens móveis e imóveis. Com a transferência das cotas, o réu assumiu a administração da sociedade, nos termos da cláusula sétima da 1ª alteração do contrato social às fls. 16.

Compulsando os autos, verifica-se facilmente o não cumprimento das obrigações assumidas, quais sejam, o não pagamento do preço das cessões de cotas, a falta de quitação do passivo da sociedade, bem como o não pagamento das promissórias emitidas.

Diante do inadimplemento das obrigações assumidas pelo réu, não se pode negar às autoras a resolução do negócio jurídico celebrado, nos termos do art. 475 do Código Civil, que ora se transcreve:

***“A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.***

Cabe ressaltar que a ação proposta pelas autoras não foi a de cobrança do valor dos títulos (notas promissórias), mas a de resolução do negócio jurídico celebrado, objetivando a condenação pelos prejuízos que alega ter sofrido em razão do inadimplemento do réu.

Ademais, o réu não se opôs a resolução do negócio.

Assim, é de se restabelecer a proporcionalidade das cotas vigentes antes da assinatura do contrato, retornado as partes ao status quo ante.

Quanto à indenização por perdas e danos, não merece prosperar o pleito. De acordo com o art. 395 do Código Civil, o devedor responde pelos prejuízos a que sua mora der causa. Contudo, esses prejuízos precisam ser demonstrados pelo cre-

dor. Não há nos autos qualquer documento que comprove os prejuízos suportados pelas autoras.

Por fim, quanto ao pedido de indenização por dano moral, tampouco merece prosperar.

A questão encontra-se pacificada no E. Tribunal de Justiça, no sentido de que o simples inadimplemento contratual não dá ensejo à indenização por danos morais. Neste sentido trago à colação o enunciado nº 75 da súmula da jurisprudência predominante. Vejamos:

*“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”.*  
(Uniformização de Jurisprudência n.º 2004.018.00003 na Apelação Cível n.º 2004.001.01324 – Julgamento em 22/11/2004 – Votação: unânime – Relator: Des. Luiz Zveiter – Registro de Acórdão em 01/03/2005 – fls. 779/798.)

**Pelo exposto, JULGO PARCIALMETE PROCEDENTE a pretensão autoral para, confirmando a decisão de fls. 51/52, decretar a resolução do contrato celebrado entre as partes, oficiando-se à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro para a devida alteração.**

Face à sucumbência recíproca, custas pro rata, compensando-se os honorários advocatícios.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 01 de outubro de 2009.

NATASCHA MACULAN ADUM DAZZI

Juíza de Direito

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

**Octavio Chagas de Araujo Teixeira<sup>1</sup>**

O objetivo da presente importa em apresentar, de forma sucinta, a doutrina e demais opiniões bem lançadas no seminário realizado na Escola da Magistratura sobre os temas ínsitos no CÓDIGO CIVIL, após 10 (dez) anos de vigência.

Cumprе ressaltar que a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro promoveu, em 2002, vários encontros com doutrinadores acerca do, àquela época, novel diploma civil brasileiro.

Inicialmente foi apresentada palestra do nosso eterno desembargador e professor civilista SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA que abordou, no diapasão de Maria Celina Bodin de Moraes, a constitucionalização do direito civil pátrio.

Igualmente com brilhantismo foram abordados temas atuais referentes à posse, relações contratuais, direito de família, o verdadeiro diálogo das fontes entre a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e o “novel” Código Civil, o direito obrigacional e de empresas e por fim palestrou o, bem assim, eterno desembargador e professor de todos, SERGIO CAVALIERI FILHO.

Desse modo, passemos a abordar alguns dos aspectos tratados pelos eminentes palestrantes.

Caminhando, para o maior equilíbrio e justiça nos atos negociais, enorme avanço foi trazido pelo artigo 113 do Código Civil ao relevar, quando da interpretação dos negócios jurídicos, a boa-fé objetiva.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular do Juizado de Violência Doméstica de Nova Iguaçu.

A boa-fé objetiva é a exigência de que as partes convençionem entre si conforme os deveres de lealdade e transparência. Aliás, em termos de interpretação e integração dos contratos, a boa-fé objetiva igualmente desempenha importante papel nos casos de aplicação da teoria da aparência, sendo importante relevar que, nesta seara, atuam, conjuntamente, a boa-fé subjetiva e a objetiva: a primeira concerne à valoração da conduta do lesado, porquanto agiu na crença (condição psicológica, interna, subjetivamente avaliável); a segunda, à valoração do comportamento da parte que permitiu, por ação ou omissão, que a aparência fosse criada.

Imagine, *v.g.*, uma senhora que comparecesse numa determinada imobiliária, fosse atendida pelo preposto devidamente paramentado e adquirisse, com paga à vista, um imóvel, sendo acertado que ela voltaria no dia seguinte para a lavratura da escritura.

Ao retornar, fora informada que se tratava de vendedor autônomo, o qual utilizara os formulários com o timbre da empresa e esta se dizia irresponsável pelo fato.

Ora, com base na teoria da aparência, fundada na boa-fé e na pacificação das relações sociais, é possível responsabilizar a empresa supracitada.

Prosseguindo, consectário do princípio da boa-fé objetiva há os deveres de cuidado, de aviso, de informação, de colaboração e cooperação, de proteção e cuidado.

Dever de cuidado importa em previdência e segurança, como o dever do depositário de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado de aconselhar o cliente a não adentrar em “aventuras jurídicas”, inclusive no de cientificar o assistido da regra básica do artigo 20 do Código de Processo Civil: quem perde, paga! Do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido ou, ainda, dos efeitos colaterais do medicamento indicado.

Já os deveres de informação são de relevada importância nas relações de consumo. Os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela

negativa, o de não dificultar o pagamento por parte do devedor.

Não é a toa que o Código Civil em seu artigo 421 registra expressamente a função social do contrato, ou seja, este não pode mais ser entendido como um instrumento de arbítrio da vontade individual e, demais disso, o artigo 422 igualmente consagra os princípios da probidade e boa-fé.

O Código tem por norte a eticidade, a solidariedade e a operatividade.

Desse modo, a responsabilidade por perdas e danos inclui toda forma de reparação possível.

O princípio da responsabilidade ampla abarca tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual.

Abordou o *codex* a fluência dos juros no caso do ilícito relativo, *ex vi* do artigo 405, i é, a fluência tem início com a citação. De outro giro, a fluência no caso de ilícito absoluto (ou extracontratual) dá-se desde o evento danoso (enunciado de súmula n.º 54 do Superior Tribunal de Justiça / STJ).

Relevou que os juros serão simples e de 1% (um por cento) ao mês a teor do artigo 406.

Continuando, a posse é um instituto que, numa interpretação conforme a Constituição, não se traduz apenas num instrumento de defesa da propriedade. A posse é um instrumento que afirma direitos fundamentais. Na cidade, a posse moradia e no campo, a posse trabalho. Nesse caminhar diversos valores são respeitados como a dignidade da pessoa humana, o direito de moradia garantido e assegurado a todos. O artigo 6º da CRFB, que foi modificado pela EC 26, assegurou como direito social a moradia.

Nossa Constituição é promocional, pois vivemos num país injusto. Tal visão deságua na interpretação do Código Civil. Vemos o sepultamento da exceção do domínio. Há revogação da segunda parte do artigo 505 do antigo Código Civil. A súmula 487 do Supremo Tribunal Federal está superada e não se discute propriedade em ação possessória.

Na usucapião há oposição da posse à posse.

Há releitura do instituto do direito de passagem forçada. A função social da posse prevalece.

A “expropriação social” vem relevada nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil o qual traz um recado: “quando há rota de

colisão entre propriedade e posse, a propriedade perde para a posse”.

Curial trazer à baila o RESP. 75659-SP, caso da favela “Pulman”, em São Paulo. Trata-se de reivindicatória, sendo certo que o autor era efetivamente dono. A demanda foi, antes dos cinco anos da CRFB e diante da jurisprudência do STF quanto à usucapião especial, julgada procedente (a reivindicatória). No Tribunal foi reconhecida a existência de colisão entre a posse social e a propriedade e a sentença foi reformada para assegurar a posse. Não foi por conta da usucapião. No Especial, o STJ aduziu que o Código Civil deve submeter-se à Constituição e, daí, foi mantido o Acórdão.

No que concerne ao direito de família, importante colacionar o tema sobre as mudanças de paradigmas.

Das mudanças de paradigmas no casamento importa destacar a primeira, ocorrida em 1977, com a entrada do divórcio no Brasil através da Lei 6.515.

Outra grande mudança é a nova noção de chefe da sociedade conjugal a atender o princípio da isonomia entre os cônjuges (artigo 1.511 do atual Código Civil). Competia ao marido a representação legal e, inclusive, autorizar o trabalho fora de casa da mulher.

Mudança, assim, na relação dos pais para com os filhos saindo da visão do pátrio poder para o poder familiar, na forma dos artigos 1.630 e 1.634 do atual Código Civil, vez que antes o marido é quem exercia o pátrio poder. Hoje o poder familiar é exercido pelos pais.

Outra quebra de paradigma diz respeito à igualdade entre os filhos, norma positivada no § 6º do artigo 227 da CRFB, igualmente a evolução da guarda unilateral para a guarda compartilhada. A guarda era atribuída ao “cônjuge inocente”. Regra não isonômica. Hoje prevalece como regra, na forma do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada. É, pois, direito subjetivo da criança, direito fundamental reconhecido pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Demais disso veio a lume a lei de alienação parental a dizer que é direito da criança ter convívio com ambos os pais.

Destaco, agora, a abordagem acerca da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, conhecida por EIRELI.

O Código Civil, no artigo 980-A, introduzido pela Lei 12.441, de 2011, aponta a normatização dessa nova pessoa jurídica. A norma encontra-se regulamentada pela Instrução Normativa 117, de 22 de novembro de 2.011, do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC).

O objetivo da norma importa incentivar o empreendedorismo nacional (pessoa jurídica individual), a fim de acabar com a figura do sócio fictício. Desse modo fica garantido aos empreendedores que o risco não é pessoal.

Da leitura do artigo 983 do Código Civil é possível afirmar que a EIRELI pode destinar-se às atividades não empresariais. Nessa linha de raciocínio, seria possível que um advogado, em vez de ter de associar-se a outro advogado, simplesmente criasse sua EIRELI e a registrasse, na forma dos artigos 15 e seguintes do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94) na Seccional, v. g., do Rio de Janeiro.

Igualmente um engenheiro poderia dirigir-se a um cartório civil de pessoas jurídicas e registrar a sua EIRELI para atividades intelectuais e não empresárias.

Parece-me que até mesmo um Magistrado poderia ser titular de uma EIRELI, dès que não seja o administrador, administrador este cujo nome deverá constar nos registros da Junta Comercial. Tal não é a interpretação do DNRC.

Questões polêmicas dizem respeito à possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica \_\_ não importando se pela teoria maior do artigo 50 do Código Civil ou pela teoria menor à luz do artigo 28 da Lei 8.078/90 \_\_ e a constituição de capital mínimo, na forma da parte final do caput do artigo 980-A do C.C..

Quanto à desconsideração, importa relevar que o § 4º do artigo 980-A do C.C. foi vetado a levantar dúvidas sobre esta possibilidade. Todavia, o veto diz respeito à possibilidade de “divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil . . .”.

No entanto e ainda nas razões do veto, “aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio”. Daí porque possível, a meu sentir, a desconsideração em ambas as hipóte-

ses, na da teoria maior ou quando diante da teoria menor.

Questão tormentosa diz respeito à possibilidade de obrigar o empreendedor a, na forma do caput do artigo 980-A do C.C., integralizar sua EIRELI no valor equivalente a cem salários mínimos. Tal matéria, a meu cuidado, perpassa a discussão acerca da constitucionalidade de vinculação ao salário mínimo. Importante é o fato real de apurar-se da razoabilidade, ou não, de obrigar-se o pequeno e individual empreendedor a dispor, de início, de exatos, hoje, R\$ 62.200,00 (sessenta e dois mil e duzentos reais) equivalentes atualmente a U\$\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil dólares)!

No que diz respeito à responsabilidade civil, prestigiou o Código de 2002 a responsabilidade objetiva. Como é de sabença geral, a responsabilidade subjetiva tem três pilares: a conduta (dolo ou culpa, esta gênero de que são três as espécies, i. é, a ação ou a imprudência; a omissão ou a negligência e, por fim, a falta de técnica ou a imperícia); o nexos causal (e suas três teorias, quais sejam, a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e, por último, a da causa direta e imediata) e, por derradeiro, o prejuízo.

De outra volta, a responsabilidade objetiva independe de culpa e vem, como cláusula geral, relevada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Cumpre ressaltar que a palavra chave no dispositivo não é “risco”, mas sim “atividade”: profissional, empresarial, lucrativa, qualquer tipo de serviço. Logo, o risco é inerente à própria atividade (empresarial, de serviços etc.).

Há outra cláusula geral, a do artigo 931 do C.C.. Diz respeito à atividade empresarial: produtos postos em circulação; produto ou atividade que causarem danos; produtos ou serviços perigosos por natureza.

Nesse diapasão e em não havendo relação de consumo, para o caso do fato do produto ou do serviço, aplica-se o Código Civil.

A responsabilidade objetiva, pois, aniquilou a responsabilidade indireta, reduziu, em muito, o campo da responsabilidade subjetiva \_\_ agora exceção\_\_ e fez superada a dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

São estas as minhas breves considerações acerca dos “10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL”. ♦

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

**Paloma Rocha Douat Pessanha<sup>1</sup>**

## 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.

---

<sup>1</sup> 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** AGRADO 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-

*ricia 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 princípio 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.<sup>2</sup>*

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. ♦

# O Código Civil de 2002 - Utopias e Ufanismos -

**Paulo Luciano de Souza Teixeira<sup>1</sup>**

O presente artigo foi desenvolvido no âmbito do Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e pretende abordar alguns aspectos do painel temático proposto, ou seja, o 'Curso 10 Anos do Código Civil'. Insta relevar a atualidade e relevância do assunto, sendo fato que, em que pese os infortúnios, a data deve ser comemorada, por representar indiscutível avanço da nossa legislação, atendendo aos objetivos de um Código, como sempre foi enunciado pelo professor Miguel Reale, ao explicar que este deve retratar os fatos, valores e normas sedimentados pela sociedade.

A primeira questão que se coloca é a de se saber se o novo Código Civil é uma espécie de monumento à modernidade, no qual se encontrarão as respostas para as angustiantes perguntas que formulamos sobre temas provocados pelos avanços tecnológicos, como por exemplo, qual será o regime jurídico do clone do homem, a disciplina jurídica da fertilização *in vitro*, da inseminação artificial, ou então como se garantirá a autenticidade aos contratos celebrados através da internet, em suma, questões atualíssimas provocadas pelos milagres tecnológicos.

E a sociedade brasileira poderá se sentir frustrada ao verificar que nenhuma dessas respostas se encontra nesse código. Como sabemos, ele é resultado de um projeto encaminhado ao congresso, no distante ano de 1975, quando todas essas matérias soavam como filmes de ficção científica, e que, mesmo nos dias atuais, não gozam de uniformidade de tratamento no campo da ciência, nem no campo da ética, quanto mais no campo do direito.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível de Campos dos Goytacazes.

Com efeito, o Código Civil deve representar um mínimo de unidade filosófica e jurídica e, portanto, deve ser a sede de matérias já consolidadas, sobre as quais já se formaram consensos. Então, todas essas questões novas, resultantes desses avanços tecnológicos, devem se sedimentar primeiro, disciplinadas em leis extravagantes, específicas, para, só depois, serem transplantadas para o Código Civil.

É fato que tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil precisavam ser atualizados, diante das transformações sociais e tecnológicas. Ocorre que os civilistas e os processualistas adotaram técnicas diferentes; os civilistas optaram por uma atualização global, sob o título de um novo Código Civil, e encaminharam ao Congresso esse projeto de 2.046 artigos, o que culminou numa hibernação legislativa de longos 26 anos, enquanto que os processualistas optaram por reformas pontuais, setoriais, conseguindo, de maneira quase imperceptível, atualizar o Código de Processo.

Resta perquirir quais foram os objetivos principais do atual código. O primeiro deles foi certa socialização do direito privado, até então impregnado pelas ideias individualistas que caracterizaram o século 19, que fazia do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos verdades absolutas. O código atual avança extraordinariamente nesse sentido. À guisa de exemplo, a posse e a propriedade saem do código com uma visão muito mais social, com institutos como a posse-trabalho e a posse-social. A propriedade, mais do que nunca, está vinculada à sua função social. No campo dos contratos, o avanço é notável, quando se afirma, no artigo 421, que a autonomia, a liberdade de contratar, será exercida nos limites da função social dos contratos, cabendo ressaltar que no artigo 2035, parágrafo único, fica estabelecido que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar as funções sociais da propriedade e dos contratos.

Também há outro objetivo no código, que foi o de consolidar tendências pretorianas, ou seja, como o atual código, obviamente, se defasou, e muito, em decorrência dos avanços sociais, é claro que a jurisprudência teve o papel importante de adaptá-lo às realidades dos nossos dias. Então, foi-se constituindo uma jurisprudência inovadora, e muitas dessas tendências pretorianas estão agora recepcionadas no novo código, transformando-

se em direito positivo: a teoria da onerosidade excessiva, a teoria da lesão, são direitos que já vinham sendo admitidos pela jurisprudência, agora passam a ser direito positivo. A desconsideração da personalidade jurídica, que a jurisprudência corajosamente admitia, antes mesmo do código de defesa do consumidor, está consagrada em nosso código.

O código teve como objetivo fundamental excluir normas de natureza processual. Mas há um paradoxo, pois o código revogado estava repleto de regras de natureza processual, como na defesa da posse, quando disciplinava o cabimento da liminar, ou quando referia a cumulação dos pedidos na ação possessória, quanto ao aspecto dúplice das ações, e também nas situações de prescrição e na decadência havia uma série de regras de natureza processual. Assim, insta indagar, qual a explicação para esse mistério? Em 1916 não havia um Código de Processo Civil federal, nacional, ou seja, os estados gozavam de autonomia para legislar em matéria de processo. Então, o legislador, percebeu que algumas matérias eram extremamente importantes e que estavam intimamente ligadas ao processo, havendo grande diversificação, podendo causar uma certa perplexidade e insegurança jurídica, por isso inseriu no Código Civil algumas regras de processo, que lhe pareceram importantes, para unificá-las, aplicando-se a todos os estados, sendo essa a explicação, perfeitamente compreensível, do Código Civil ter regras processuais visando a uniformização desses procedimentos. Todavia, quando, em 1939, a União a avocou para si o monopólio da legislação processual, não havia realmente razão para se inserir no Código Civil regras de direito adjetivo e esse código retira, o tanto quanto possível, todas as regras de direito processual. Na questão da defesa da posse, não há mais nenhuma palavra sobre liminar, sobre caráter dúplice, sobre cumulação de pedidos, tudo isso desaparece, de maneira que houve um cuidado cirúrgico da comissão, que extraiu do código tudo que pudesse se referir a direito processual. Então, há agora uma nítida separação entre o direito material, substantivo e direito processual, adjetivo.

Assim, incluiu-se no Código Civil, como dito, matérias já consolidadas, ou seja, que tiveram uma disciplina jurídica já recepcionada pela sociedade e que não suscitassem grandes controvérsias, ou seja, matérias que

já estão consolidadas, seja pela doutrina, pela construção pretoriana. Por outro lado, aquelas matérias que já estavam recepcionadas em leis especiais não foram para o código, que não alterou, por exemplo, o regime jurídico da locação do imóvel urbano. Aliás, nas disposições gerais e transitórias, o artigo 2.036 é expresso nesse ponto. Não se mexe na Lei das S.A, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor. São leis, como a própria comissão reconheceu, que já foram recepcionadas pela sociedade brasileira, que já está tão acostumada a encontrar respostas nessas leis, que seria uma temeridade revogá-las, para trazê-las para o Código Civil, que preservou essa legislação especial consolidada na opinião pública. Com relação à lei de condomínio é que houve tratamento diverso, pois o novo Código Civil trouxe para o seu corpo o regime jurídico do condomínio edilício, já constituído, com partes comuns e partes exclusivas, mas não mexeu nas incorporações, ficando a Lei 4.591 partida ao meio, porque o capítulo que trata do condomínio já instalado desaparece, em parte, porque o novo código o disciplina; já a parte das incorporações permanece, porque o novo Código Civil não incluiu o contrato de incorporação imobiliária nos contratos em espécie. Com relação a sociedades, o novo código trata de todas as demais sociedades, menos a S.A.

Deve ser elencado como objetivo do código, a manutenção, em primeiro lugar, da elegância da linguagem e, em segundo lugar, do estilo conciso que, sem dúvida, são dois de seus grandes méritos. Há também outro objetivo: a eliminação de solenidades inúteis. Por exemplo, o código abole a famosa notificação judicial; qualquer ato de comunicação pode ser feito por qualquer meio, desde que inequívoco. Os testamentos, enfim, uma série de outros atos em que se exigiam solenidades essenciais, nos quais foi reiterada a necessidade de se privilegiar o conteúdo e o fundamento, e não a forma. Então, o direito mais moderno vai abandonando os velhos formalismos, característicos do direito ultrapassado.

Na verdade, a própria comissão resumiu o novo código em três palavras que se tornaram famosas: socialidade, efetividade e eticidade. Por socialidade, entende-se a preocupação em dar uma atenção social ao novo direito privado brasileiro, principalmente no campo da propriedade, das

obrigações e dos contratos. Efetividade tem o sentido de que se eliminam solenidades inúteis e se procura criar mecanismos que tornem realmente úteis a prestação jurisdicional. E, finalmente, a eticidade, ou seja, uma preocupação de oxigenar essas relações jurídicas com a moral. Por exemplo, o artigo 422 afirma textualmente que, em todos os contratos, todos contratantes terão que guardar a mais estrita boa-fé e probidade. Então reparem que o atual Código Civil não se refere nenhuma vez à boa-fé na parte geral dos contratos, a não ser no artigo 1.443, que é específico do contrato de seguro. Entende-se a boa-fé como preceito moral, e não jurídico. Mas a boa-fé é uma cláusula implícita dos contratos, uma cláusula obrigatória, é um dever jurídico dos contratantes, e não mais uma mera vocação ética. Então, socialidade, efetividade e eticidade seriam os fundamentos desse novo código.

Passemos agora a uma visão morfológica do código. Não há a menor referência à lei de introdução. Ora, falar-se em lei de introdução ao Código Civil, nos leva a supor que aquela lei introduzia os princípios fundamentais do direito civil, quando, na verdade, é uma lei de introdução ao sistema jurídico, ou seja, a lei das leis, disciplinando a aplicação territorial e temporal da norma jurídica, sendo essa a função da lei de introdução, quer dizer, interessando a todos os ramos do direito e não apenas o direito civil. Então, não se justifica mesmo que ela ficasse acoplada umbilicalmente ao Código Civil, como se fosse exclusiva do Código Civil, continuando a existir, pois não foi revogada nem tácita nem expressamente, só que, agora, continua como uma lei autônoma, o que deveria sempre ter sido.

Quanto a seu corpo, o código modificou-se; inicia com a Parte Geral, constituída por três livros clássicos; Livro I: Das Pessoas; Livro II: Dos Bens; Livro III: Dos Fatos Jurídicos. Mas a Parte Especial está completamente rejuvenescida, quer dizer, o Livro I da Parte Especial passa a ser das obrigações e dos contratos, o Livro II é absolutamente novo - Do Direito de Empresa. Aliás, no anteprojeto original da comissão, o título era “da atividade negocial”. O Livro III passa a ser Direito das Coisas, o Livro IV, Direito de Família e o Livro V Sucessões.

Quanto ao direito da empresa, cumpre observar que todo o Livro

I do Código Comercial foi revogado, porque passou todo para o Livro II da Parte Especial. Eis aí mais uma grande novidade, ou seja, um passo avançado para a uniformização do direito privado, englobando o direito civil e o direito comercial. Por certo não foi um passo gigantesco, porque se mantém, por exemplo, a S.A. em lei especial e muitos outros capítulos do Código Comercial. Mas é significativa essa nova estratégia.

Houve algumas mudanças topográficas, que eram necessárias. À guisa de exemplo, o bem de família, que estava no Livro Dos Bens, na Parte Geral, passou, no atual código, para o direito de família. A cláusula penal e a mora apareciam no capítulo Das Modalidades das Obrigações, ou seja, obrigação de dar, obrigação de fazer, obrigação de não fazer, obrigação alternativa, obrigação divisível, obrigação indivisível, obrigação solidária, da cláusula penal. Em outras palavras, a cláusula penal estava no capítulo que encerrava as modalidades das obrigações, como se fosse uma classificação das obrigações; após, seguia-se 'o pagamento das obrigações'. Não havia nenhuma lógica, posto que se tratava de uma cláusula acessória da obrigação, portanto um modo da obrigação; é um instituto ligado à ideia de inadimplemento da obrigação, reforçando o vínculo para a eventualidade de inadimplemento da obrigação, sendo lógico que estivesse no capítulo do inadimplemento das obrigações, e é isso que se faz agora; desloca-se a cláusula penal do capítulo das modalidades das obrigações para o capítulo do inadimplemento das obrigações. E com algumas mudanças interessantíssimas. Há um dispositivo expresso dizendo que, se houver cláusula penal no contrato, não é possível reclamar perdas e danos, ainda que sejam superiores ao valor da cláusula penal, salvo se expressamente se ressaltar isso. Isso é uma discussão terrível hoje, porque, como a cláusula penal é uma prefixação das perdas e danos, discute-se na doutrina se é possível abandonar a cláusula penal para reclamar as perdas e danos. Então, a regra geral é a seguinte: a cláusula penal é prefixação das perdas e danos. Logo, havendo cláusula penal, não há como reclamar perdas e danos, sendo que essa não é mais uma regra absoluta, passa a ser dispositiva. Deve-se incluir no contrato que, mesmo havendo cláusula penal, se for provado que o prejuízo foi maior que a cláusula, poderá ser reclamado, tendo a parte que provar os prejuízos excedentes.

Devem ser realizadas outras mudanças topográficas. Por exemplo, a transação foi inserida, no código revogado, naqueles institutos da extinção da obrigação, com ou sem pagamento. Pagamento por consignação, por sub-rogação, por compensação, por dação, por novação, imputação, remissão, confusão, transação e compromisso. São dez institutos que o código disciplina para a extinção da obrigação, uns com pagamento outros sem pagamento - o caso da remissão e o da confusão. E a transação era um desses institutos. Deixou de ser. Transação, para surpresa de muitos, passa a ser contrato em espécie, como qualquer outro contrato – compra e venda, locação... e está disciplinado no Livro Dos Contratos em Espécie, passa a ser contrato típico, não apenas um modo de extinguir a obrigação. São mudanças topográficas da lei. A gestão de negócios, anteriormente considerada contrato, negócio jurídico bilateral, disciplinado no Livro dos Contratos, perdeu a natureza bilateral de negócio jurídico e passa a ser negócio unilateral, o que tem mais lógica, porque, numa gestão de negócios, não está presente a vontade do dono do negócio, ela é apenas presumida, mas não está presente.

Efetivamente, temos um código modernizado na sua estrutura física, digamos assim. Em seus livros, aumentou um pouco, mas não muito. O código revogado tinha 1.807 artigos e o atual, 2.046. Alguns institutos desapareceram, surgiram outros. Ora, a chegada de um Código novo gera, obviamente, idiosincrasias e ufanismos. O Código Civil será o Código que formos capazes de criar interpretativamente. Cabe, portanto a nós, profissionais do Direito, que teremos de reescrever o Direito Civil, criar um direito vivo e, assim, um Código Civil vivo, tudo na perspectiva de um direito civil despatrimonializado, que se preocupe com o ser humano, fundamento basilar do nosso ordenamento jurídico. ♦

## BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

FACHIN, Edson Luiz. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 e **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. 2º v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MORAES, Maria Celina Bodim de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional os danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo W. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e **A parte geral do Código Civil de 2002: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

# 10 Anos do Código Civil Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos (A Usucapião Extraordinária no Novo Código Civil)

Pedro Henrique Alves<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente esboço objetiva um estudo sobre o instituto da usucapião em sua modalidade extraordinária prevista no artigo 1.238 do Código Civil.

## DESENVOLVIMENTO

A usucapião, ou prescrição aquisitiva, é meio de aquisição da propriedade por meio da posse, portanto, torna-se imperativo um breve delinear sobre tal instituto.

## POSSE

O artigo 1.204 do Código Civil preceitua ser a posse “*o exercício de fato de um dos poderes inerentes à propriedade*”<sup>2</sup>, quais sejam: o uso, gozo e

---

1 Juiz de Direito Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de São Gonçalo.

---

2 Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro).

disposição do bem. Adquire-se a posse, ainda pela leitura do mesmo artigo, a partir do momento que se torna possível o exercício em nome próprio de um desses poderes.

Outro aspecto relativo à posse e que pede devida atenção quando examinada à luz do instituto prescritivo se dá no que toca aos seus meios de obtenção e exercício.

O diploma civil pátrio prescreve em seus artigos 1.200 e 1.208:

*Art. 1.200: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.*

*Art. 1.208: “Não induzem a posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.*

Posse *violenta* é a maneira de consecução do ato espoliativo, em que, mediante constrangimento físico ou moral praticado contra o possuidor ou contra quem possuir em nome dele, toma-se a posse de algo. Configura-se pela utilização de força física, ou por intermédio da *vis compulsiva*. Prescinde de confronto material ou tumulto entre as partes conflitantes.

*Clandestina* é a posse cujo vício se manifesta pela ocultação do ato espoliativo, de forma que o possuidor não tenha conhecimento dele. Não é necessária a intenção de esconder ou camuflar, o conceito é objetivo. Deve haver possibilidade de a posse ser conhecida daqueles contra os quais se pretende invocar a prescrição e daqueles que a ela poderão apresentar oposição. A aparência de posse dada àqueles que em nada se interessam, não conta como exercício de posse aparente.

*Precária*, por sua vez, é a posse que resulta de abuso de confiança por parte daquele que, tendo se comprometido a devolver certo bem, recusa-se a devolvê-lo ao legítimo proprietário.

Denomina-se assim “*equivoca*” a posse que não oferece, com um caráter suficiente de certeza, todas as qualidades requeridas para constituir uma posse útil. Do momento em que ela não é clara e incontestadamente contínua, pacífica e pública, é *equivoca*.

Portanto, por dedução lógica, define-se como injusta a posse obtida por um desses meios.

Posse ‘mansa e pacífica’ é justamente o oposto à posse violenta. “*Mansa*” é aquela que se obteve sem oposição do antigo possuidor, e “*Pacífica*”, é aquela que se manteve sem contestação.

Ademais, no entender do próprio artigo 1.208, sequer poderia denominar-se posse o ato de detenção de coisa por intermédio da tolerância, força ou violência.

## USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

O Código Civil anterior, de 1916, no artigo 550, estabelecia que “*aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé, que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis*”, ou seja, o prazo para a aquisição por usucapião extraordinária era de 20 (vinte) anos.

Atualmente, com o novo Código Civil em vigor, a usucapião extraordinária é aquela que se adquire com 15 (quinze) anos, salvo se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo que, neste caso, o lapso de tempo será de 10 (dez) anos, mediante prova de posse mansa e pacífica e ininterrupta, independente de justo título e boa-fé, nos termos do artigo 1.238 do Código Civil Brasileiro.

A usucapião extraordinária eximiu o pretendente à aquisição originária de demonstrar boa-fé ou apresentar título, no entanto manteve a exigência de advir a pretensão de posse justa.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>3</sup> sustenta que não é necessário que o próprio usucapiente exerça os atos possessórios todo o tempo, considerando úteis também os atos praticados por seus prepostos ou empregados.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito civil**. V. IV, 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 145.

São requisitos da usucapião extraordinária:

- 1) A posse mansa, pacífica e contínua (posse qualificada);
- 2) O decurso do prazo de 15 (quinze) anos ou de 10 (dez) anos no caso do usucapiente ter estabelecido a sua moradia ou se tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, (posse qualificada com privilégio);
- 3) A sentença judicial;

A redução do prazo para a aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária de 20 (vinte) anos para 15 (quinze) ou 10 (anos), conforme o caso, foi uma mudança significativa para valorizar ainda mais a posse e a função social da propriedade.

Nesta espécie de usucapião não são necessários o justo título e a boa-fé. Para Caio Mário trata-se não de uma presunção, mas de verdadeira dispensa. Já Maria Helena Diniz vê neste dispositivo uma presunção absoluta, que dispensa a apresentação do documento e a prova do espírito subjetivo do agente.

## CONCLUSÃO

A evolução do Ordenamento Jurídico Brasileiro, com o Código Civil de 2002, resolveu reduzir os prazos da usucapião extraordinária – que no Código anterior era de 20 (vinte) anos – para 15 (quinze) ou 10 (dez) anos, conforme a “função social” que o indivíduo dispensa à sua posse numa clara assunção ao princípio acima mencionado.

Destarte, como institutos indissociáveis, a **usucapião** é o resultado de uma **posse** exercida com fins sociais, num Estado Democrático de Direito, em que o direito à propriedade deve ser o reflexo de sua destinação social e da evolução da própria sociedade.

Verifica-se pelo acima exposto que o instituto da Usucapião sofreu ao longo da evolução humana diversas transformações, adquirindo maior importância em nosso Direito, já que, cada vez mais, a propriedade será voltada para o bem-estar social perdendo seu caráter privatista, adequando-se à função social. ♦

## REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil** – 1º Volume. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas** – 4º Volume. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito civil**. V. IV, 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**, disponível em <http://www.miguelreale.com.br> (acessado em 15 de novembro de 2007).

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil, Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2007.

World Wide Web: <http://www.planalto.gov.br>

# 10 Anos do Código Civil

Priscila Abreu David<sup>1</sup>

O Código Civil de 2002 constitui uma recodificação do direito privado brasileiro, eis que este passa a se inserir na ordem constitucional com o claro objetivo de dar efetividade às suas diretrizes.

A respeito do tema revela-se importante a observação de Judith Martins-Costa<sup>2</sup>:

*“O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de fattispecies cerradas, à técnica da casuística. Um Código não totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”*

Assim, importa registrar que muitos são os debates doutrinários acerca das mudanças instituídas pelo novo regramento civil. Contudo, talvez a principal marca do código que agora completa sua primeira década, seja o fato de tal norma ter como pilares fundamentais os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Neste sentido, a nova lei busca superar o apego do Código de 1916

---

1 Juíza de Direito da 29ª Vara Cível - Capital.

2 MARTINS-COSTA, Judith. “O direito privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, jul. 1998, p. 26.

ao formalismo jurídico. No que diz respeito à eticidade, o Código de 2002 traz normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual. Com isto, influencia profundamente no atuar do magistrado, que passa a trabalhar com possibilidade de modelos jurídicos hermenêuticos. Tal mudança é muito positiva, especialmente diante da necessidade de contínua atualização dos preceitos legais.

Grandes exemplos disto são o art. 113, segundo o qual “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”, o artigo 187, que prevê que “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*” e ainda o artigo 422, que estabelece que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Neste aspecto, é constante, no Código de 2002, a referência à probidade e a boa-fé. Aliás, o princípio da eticidade traz uma valorização do ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Outra alteração digna de nota é a inclusão do princípio da socialidade como norte da Lei vigente, manifestada na preocupação de dar atenção social ao novo Direito Privado brasileiro, principalmente no campo da propriedade, das obrigações e dos contratos. Superou-se, com isto, o caráter individualista do Código de 1916 para valorizar o interesse comum e social. Tal modificação fica clara quando a lei atual trata da função social do contrato, em seu artigo 421 ou quando estabelece que, em se tratando de contrato de adesão, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias.

Também no direito possessório, a socialidade se mostra presente, na medida em que se passa a considerar a natureza social da posse para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade importante na tela do Direito Civil.

Outro relevante princípio inspirador na nova lei é o da operabilidade, com a instituição de soluções normativas que visam a facilitar a interpretação da norma e sua aplicação pelo operador do Direito. Assim

se eliminam solenidades inúteis e se procura criar mecanismos que tornem realmente útil a prestação jurisdicional.

Neste tocante, importante registrar as anotações do Eminentíssimo Prof. Miguel Reale<sup>3</sup>, que registrou:

*“Nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior.*

*Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar-se quais eram os casos de uma ou de outra, com graves conseqüências de ordem prática.*

*Para evitar esse inconveniente, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, em **numerus clausus**, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece. Assim é, por exemplo, após o artigo declarar qual a responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, é estabelecido o prazo de decadência para ser ela exigida.*

*Por outro lado, pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo distinção entre associação e sociedade, Destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos.*

*Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (correttezza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo, ou **verbis**:*

3 REALE, Miguel. **Visão Geral do Novo Código Civil**, publicado no site jus.com.br, 10/02/2002.

*Art. 575, parágrafo único – “Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”.*

*São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de “indeterminação do preceito”, cuja aplicação **in concreto** caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o Art. 720 e seu parágrafo único.”*

Trata-se, pois de uma total revolução desde os preceitos do Código de 1916, marcado pelo liberalismo da época, que apregoava a autossuficiência e o hermetismo do Direito, que priorizava a neutralidade dos preceitos que o jurista devia seguir. As noções de igualdade, então, pressupunham isonomia meramente formal ou abstrata.

Com a evolução da sociedade, no entanto, veio a necessidade da adoção de filosofia diversa, menos individualista e mais funcional, pela qual a proteção da pessoa, individualmente considerada, só fazia sentido se dentro dos limites do razoável. O pensamento evoluiu para a concepção de que o Direito não poderia prestigiar o individualismo em detrimento do social.

Nota-se pois, a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para um novo, de perfil socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência.

Impende registrar, contudo, que esta nova concepção, que deve orientar a leitura dos preceitos, nada tem de arbitrária ou aleatória, nem se traduz em exercício do gosto pessoal do aplicador do Direito. Diversamente, sujeita-se às linhas axiológicas traçadas pela Constituição Federal, de índole confessadamente social. Assim, o espaço interpretativo não pode ser

outro que não o obediente às diretrizes consagradas pela Carta Política.

Daí falar-se, atualmente em constitucionalização do direito civil, eis que a leitura das normas civis deve ser feita de acordo com vetores gerais instituídos pela Carta Magna, dentre os quais sobreleva o da dignidade da pessoa humana, o do prestígio aos valores sociais do trabalho e o da livre iniciativa, o que reforça a secular máxima de que todo poder emana do povo, o que promete erradicar a pobreza, a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o que estatui os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor.

E o novo Código avança extraordinariamente nesse sentido. Nota-se, por exemplo, como a posse e a propriedade ganham, no atual código uma outra visão, uma visão muito mais social. Tem-se, agora, a posse-trabalho, a posse social. A propriedade, agora, mais do que nunca, está vinculada à sua função social. No campo dos contratos, o avanço é notável, como quando se afirma, agora expressamente, no artigo 421, que a autonomia, a liberdade de contratar, será exercida nos limites da função social dos contratos. Ou seja, há agora uma referência expressa à função social dos contratos e também uma preocupação com a função social da propriedade e dos contratos. Então, há uma transformação socializante do Direito, nesse novo Código.

Outra marca do atual código foi a intenção de consolidar tendências pretorianas. Ou seja, como o Código de 1916 obviamente se defasou muito em decorrência dos avanços sociais, a jurisprudência teve um papel muito relevante, ao adaptar o Código de 1916 às realidades dos nossos dias.

Então foi se constituindo uma jurisprudência inovadora, e muitas dessas tendências pretorianas estão agora recepcionadas no Código de 2002, transformando-se em direito positivo.

É o caso, por exemplo da Teoria da Onerosidade Excessiva e a da Teoria da Lesão, que já vinham sendo admitidas pela jurisprudência e que, a partir de 2002 passaram a ser positivadas. O mesmo se diga da desconsideração da personalidade jurídica, que alguns juízes corajosamente já admitiam, antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, e que foi

também consagrada nesse novo Código.

Finalmente, citando novamente Judith Martins Costa, deve-se ter em mente que o Código Civil de 2002 renova o direito privado, ao trazer em si a técnica das cláusulas gerais, com o que consagra as concepções confessadas na Exposição de Motivos, de “segurança e flexibilidade”, a fim de “recolher e regular mudanças e criações supervenientes”, com o quê se viabiliza a devida “construção e reconstrução” do Direito, especialmente “as necessárias relações entre o Código Civil, a Constituição Federal e eventuais leis que, porventura, sobrevierem. Enfatiza, mais, que esse Diploma, com a técnica das cláusulas gerais, apresenta condições para sempre se atualizar, uma vez que tais cláusulas devem ser vistas como “janelas abertas” que lhe propiciam mobilidade e atualização. ♦

# A Função Social dos Contratos e a Boa-Fé Objetiva no Código Civil se 2002

**Rafael Estrela Nóbrega<sup>1</sup>**

O Estado Liberal clássico que surgiu após a Revolução Francesa em 1789 possuía como sustentáculos o individualismo e o paternalismo, na tentativa do povo francês em se opor aos abusos cometidos pela nobreza e pelo alto clero. Acreditava-se que somente a liberdade plena dos indivíduos propiciava equilíbrio e justiça nas relações pessoais. A liberdade constituía um verdadeiro escudo contra a opressão dos mais poderosos. Era preciso assegurar que todos os indivíduos tivessem a sua liberdade garantida e a propriedade do pedaço de terra no qual morassem ou plantassem. A igualdade, por sua vez, significava barreira à exploração e finalmente a fraternidade, cuja versão moderna nada mais é do que a solidariedade social.

Nesse cenário, os pilares do Estado Liberal eram o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. Esses paradigmas influenciaram de forma direta o Código Civil de 1916, que, no Brasil, significou a primeira codificação moderna.

Assim, sob o comando dessa concepção de voluntariedade tradicional, a autonomia da vontade era compreendida como sendo a forma soberana e inarredável da vontade dos contratantes no momento da realização do negócio jurídico, ou seja, como sendo o poder irrestrito que aos mesmos era atribuído para livremente deliberarem sobre suas pretensões.

O mais importante no Estado Liberal era assegurar aos contratantes a manifestação livre da vontade, pois as obrigações contratuais dizem respeito às partes, não podendo o Estado interferir nessa relação, já que a este era dada a responsabilidade de cuidar apenas da ordem jurídica. Os

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões-Capital.

contratantes eram os únicos responsáveis por seus ajustes, suas intenções e a conveniência de se firmar o contrato. Imperava o pensamento de que se é contratual é justo e, sendo todos livres, são igualmente capacitados para autorregular seus interesses privados.

O princípio da liberdade contratual significava a impossibilidade de qualquer ingerência do poder público nas relações contratuais. Cabia tão somente aos contratantes o exclusivo interesse quanto à decisão de contratar ou deixar de contratar, de eleger as pessoas com quem se contratar, de deliberar com relação ao objeto do contrato a ser celebrado, dispondo acerca das cláusulas contratuais de forma absolutamente livre.

Deriva dessa postura a responsabilidade integral pelos compromissos assumidos, de modo que o vínculo entre os contratantes era inderrogável. O contrato era lei entre as partes. Invoca-se o conhecido princípio do *pacta sunt servanda*. Eventual modificação fática em nada interferia na obrigação dos contratantes em cumprir seus ajustes.

Leciona Humberto Theodoro Júnior que, não se concebe *que o negócio livremente ajustado pela vontade autônoma e soberana de ambos os contratantes seja revogado ou modificado por deliberação de apenas um deles, nem tampouco se admite que o judiciário proceda a revisões e alterações do contrato*.

E mais: *Partindo da igualdade e liberdade dos contratantes, não se cogita de injustiça nas cláusulas avençadas. Apenas a ordem pública e os bons costumes representam limites à autonomia da vontade, pois, na ótica do liberalismo, não é função do Estado intervir no contrato. Dita intervenção comprometeria o equilíbrio e implicaria uma injustiça. O ordenamento jurídico, em princípio, exerceria, em relação ao contrato, função meramente supletória, de sorte que suas regras incidiriam para preencher lacunas ou definir efeitos naturais da convenção. Não substituiriam, mas apenas completariam a vontade declarada. Quanto ao juiz, sua intervenção somente se justificaria para fazer cumprir o contrato por quem se recusa a executar seu compromisso, ou para negar-lhe efeitos quando pactuado com infringência de preceito de ordem pública (in, **Direitos do Consumidor**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª ed., 2002, p. 7).*

No entanto, com o decorrer do tempo a liberdade do individualismo foi cedendo, quando se verificou que a manifestação de vontade livremente exercida não era capaz de assegurar a posição de desigualdade entre os contratantes. A decadência do Estado Liberal foi contaminada pela própria liberdade, pois os contratos oxigenados pela ideia da autonomia da vontade não superavam a supremacia do mais forte economicamente sobre o mais fraco, já que não é apenas a liberdade das partes que assegura o equilíbrio da relação contratual.

Com efeito, não mais cabia o entendimento de que a liberdade desenfreada era algo positivo à sociedade, pois esta estava acarretando a ruína dos contratos, atingindo valores fundamentais do Homem, tão importantes quanto à própria liberdade que se cultuava.

Por sua vez, o princípio da obrigatoriedade cedia quando diante da realidade econômica e social que impedia a concretização da justiça no vínculo que unia as partes.

Percebe-se, então, que era preciso proteger a parte mais fraca nas relações civis e contratuais, mediante a intervenção do Estado, tornando o financeiramente mais vulnerável em juridicamente mais forte. Surge, então, o Estado Social.

O Estado deixava de ser um mero espectador para passar a intervir no mundo dos contratos. É o nascimento do dirigismo contratual em substituição aos velhos dogmas da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Com a percepção de que os homens, embora livres, não eram iguais e na intenção de se atingir uma igualdade material e não apenas formal, o Estado se torna cada vez mais intervencionista, assumindo uma postura ativa quando diante de um desequilíbrio contratual. Passa-se de um tempo individualista e egoísta para um tempo de interesse social.

É nesse cenário que nasce o Código Civil de 2002 fortalecendo novos conceitos, arraigados de uma concepção eminentemente social (art. 3º, III, da Carta Magna). Registre-se que já estava em vigor a Constituição Cidadã de 1988. Essa nova Carta Política, ao inaugurar uma ordem jurídica, incluiu valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana,

verdadeiro alicerce da República Federativa do Brasil, sobre o qual se construiria o arcabouço da nacionalidade e da cidadania.

Em matéria de contratos, essa nova filosofia está expressa no art. 421 do Código de Civil de 2002, quando dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A função social dos contratos visa a proteger a dignidade da vida humana, a erradicação da pobreza, a eliminação das desigualdades sociais, valores de um Estado Democrático de Direito. Modernamente, portanto, é aceitável afirmar que a concepção social do contrato é um dos pilares da teoria contratual.

Por uma leitura superficial do artigo 421 do Código Civil de 2002 é possível perceber que a liberdade de contratar continua sendo a base de sustentação dos contratos, até mesmo porque esse conceito jamais será abandonado, por se tratar de um alicerce de toda a teoria contratual.

A liberdade de contratar engloba tanto a conveniência de celebrar ou não um contrato, como também no próprio objeto e condições deste contrato.

Ocorre que esta liberdade, por vontade do legislador, fica limitada à função social do contrato. O contrato deixa de ser um instrumento de enriquecimento exclusivo dos contratantes para atender a interesse também da coletividade. Carlos Roberto Gonçalves afirma que “a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato apresentar uma fonte de equilíbrio social” (*in*, **Direito Civil Brasileiro**, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2006, p. 06).

A função social do contrato atua como uma cláusula geral, também denominada de cláusula implícita, pois está presente em todo e qualquer contrato. Cláusulas gerais são diretrizes a serem seguidas, de caráter genérico e abstrato, mas sempre direcionadas ao equilíbrio contratual a ao interesse da coletividade. As cláusulas gerais devem ser preenchidas pelo juiz no caso concreto, sempre levando em conta os valores sociais, econômicos, jurídicos e morais da sociedade.

O juiz moderno não é apenas a boca da lei, um mero espectador do

contrato; não é um ser passível e equidistante das partes e dos interesses sociais. O juiz do século XXI é ativo, interferindo na vontade das partes contratantes sempre que esta representar um desequilíbrio contratual ou ocasionar danos sociais.

Por sua vez, o artigo 422 do Código Civil de 2002 trata da boa-fé contratual. Essa alteração extraordinária significa que os contratantes devem, durante toda a fase contratual, pautar suas condutas com a verdadeira intenção de não prejudicar a ninguém; exige-se uma conduta de acordo com o homem probo, honesto, ou seja, diversa da mera exortação ética que reinava na teoria contratual oitocentista.

Para Gustavo Tepedino, a boa-fé objetiva *“justifica-se imediatamente na confiança despertada pela declaração, encontrando sua fundamentação mediata na função social da liberdade negocial, que rompe com a lógica individualista e voluntarista da teoria contratual oitocentista, instrumentalizando a atividade econômica privada aos princípios constitucionais que servem de fundamentos e objetivos da República”* (in, **A parte Geral do Novo Código Civil**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, ano 2002, p. XXXIII).

A concepção moderna não aceita que um contratante se sinta confortável eticamente se perceber que o contrato lhe promove um enriquecimento exagerado em detrimento da outra parte levada à ruína e ao desespero.

Esses deveres jurídicos constituem poderosos instrumentos para se eliminar as desigualdades sociais e atender em sua plenitude à dignidade do homem. A nova filosofia contratual calcada na função social do contrato e na boa-fé objetiva significa o início de um novo tempo. ♦

# Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil Constitucional

Rafael Rezende das Chagas<sup>1</sup>

O palestrante, Prof. Guilherme Calmon, iniciou a palestra trazendo as transformações do Direito de Família, Direito Constitucional e do Direito Civil de modo geral.

Informou que houve uma mudança interna na própria estrutura do Direito Civil e este passou a ter uma nova feição.

Com isso, os enunciados constitucionais passaram a exercer natureza normativa.

No âmbito do Direito de Família, destaca-se o princípio da isonomia dos filhos e do pluralismo das entidades familiares, tendo como base o fundamento da dignidade da pessoa humana.

O professor indaga duas questões:

- a) se há hierarquia entre as espécies de entidades familiares.
- b) se as previsões da Constituição Federal sobre as entidades familiares são taxativas ou exemplificativas.

O professor responde, dizendo que entende não haver hierarquia e que o rol de entidades é exemplificativo.

Trouxe, ainda, noções de família extensa e de família substituta.

Destacou o art. 1.511 do Código Civil que estabelece a comunhão plena de vida.

*Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*

Criticou o artigo dizendo que não apenas casados possuem comunhão plena de vida.

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 1ª Vara da Comarca de Saquarema.

## NOVAS FAMÍLIAS

- Noção de família – instrumento
- Função social de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades.
- “Comunhão plena de vida” como cláusula geral.
- Alteração do Direito de Família: Mudança da figura do chefe da sociedade conjugal para isonomia entre os cônjuges e Poder Familiar de ambos os pais.

- Pós-modernidade e Direito de Família.

a) Pluralismo de fontes e de sujeitos.

b) Comunhão com o reconhecimento dos direitos. (art. 226 § 6º igualdade de Direitos para todos os filhos)

Famílias contemporâneas e Direito brasileiro pós 2002.

Lei 11.441/2007 - separação e divórcio por escritura pública.

Lei 11.698/2008:

- alteração do regime da guarda das crianças e adolescentes;
- síndrome da alienação parental.

Lei 12.004/09 – presunção de paternidade pela recusa do réu em realizar o exame de DNA.

A criança deve ficar com quem melhor lhe atende. Prioridade do bem-estar da criança.

Maior possibilidade de guardas: Enunciado 518 (Jornada de Direito Civil)

“A guarda deve ser a mais adequada para crianças”

Portanto, houve uma alteração da regra da guarda unilateral para guarda compartilhada.

A criança tem o direito fundamental de ter convivência saudável com ambos os pais.

O professor Guilherme Calmon e a professora Maria Celina admitem a condução coercitiva do suposto pai que se recusa ao exame de DNA e não há outro meio de prova para comprovação da paternidade.

## FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS E DIREITO BRASILEIRO PÓS 2002(II)

- Lei 12.010/2009:
  - alterações importantes no ECA
  - princípios regentes quanto à situação da criança e do adolescente.
- Emenda Constitucional nº 66/2010
- Nova Emenda do Divórcio
- alteração do instituto do divórcio
- Enunciado 514 da V Jornada de Direito Civil
- Princípios Fundamentais

O palestrante defendeu a tese da manutenção da separação judicial após o advento da nova emenda do Divórcio. Fundamentos:

- não foi a intenção do legislador terminar com a separação;
- o divórcio não pode ser imposto;
- houve apenas a supressão dos prazos;
- reconciliação é possível na separação e não no divórcio;

Situações de fato e Direito de família:

### a) Separação de fato

- situação de fato que se caracteriza pelo desfazimento do projeto familiar

### b) União estável – requisitos objetivos e subjetivos

- Distinção entre união estável e concubinato possibilita reconhecimento de união estável putativa

- Exclui da sucessão pessoa separada de fato há mais de 2 anos

- requisitos objetivos e subjetivos para não transformar namoro em união estável

- Existe a União estável putativa? O palestrante defendeu que sim. Exemplificando com casos ocorridos na Vara Federal para reconhecimento da união estável putativa para fins previdenciários.

### c) União entre pessoas do mesmo sexo

- julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132

- requisito da notoriedade
- Enunciado 526 V Jornada de Direito Civil: “Hoje admite-se o casamento entre pessoas do mesmo sexo por conversão da União Estável anteriormente reconhecida.” O fundamento é a Constituição Federal, que garante que a lei facilitará a conversão da União Estável em casamento.”

d) Uniões simultâneas fundadas na conjugalidade.

- princípio da monogamia não é mais estruturante, principiologia constitucional.

## FILIAÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

- Planejamento familiar.
- Projeto parental e autonomia privada
- Presunção de paternidade e reconhecimento de filho art 1597 CC.

**Art. 1.597.** *Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

*II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

*III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

- Polêmicas quanto a algumas técnicas.

**Art. 1.598.** *Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento*

*ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.*

Por fim destacou o art. 1511 do Código Civil ao prever a cláusula geral da comunhão plena de vida no casamento, encampa o princípio da afetividade.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. ♦

# Dez Anos do Código Civil

**Renata Vale Pacheco de Medeiros<sup>1</sup>**

O curso “Dez anos do Código Civil” foi aberto com palestra do Des. Sylvio Capanema de Souza.

O Código Civil de 1916 tinha três personagens principais:

- marido;
- proprietário;
- contratante.

Marido: representante legal da família – célula *mater* da sociedade. Era tão importante preservar sua soberania que a mulher casada era considerada relativamente incapaz.

Só existia uma modalidade de família => família legítima.

Proprietário: a propriedade era considerada quase sacralizada. A propriedade era exercida com poucas limitações.

Contratante: ideia da força obrigatória dos contratos.

Houve mudança filosófica na teoria geral dos contratos.

No Estado Liberal, prevalecia uma visão individualista dos contratos.

A Revolução Francesa criou dois pilares para a Teoria Geral dos Contratos:

- a) autonomia da vontade;
- b) força obrigatória dos contratos => princípio da imutabilidade dos contratos: *pacta sunt servanda*.

Aos poucos, percebeu-se que a liberdade dos contratantes não era suficiente para garantir o equilíbrio dos contratos. A igualdade não deveria ser apenas econômica mas também técnica, cultural.

O Estado Liberal entrou em decadência, vindo a ser substituído por um Estado intervencionista.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito em exercício no IX Juizado Especial Cível da Comarca da Capital.

O Estado passou então a intervir nos contratos, a fim de garantir o equilíbrio contratual.

Tal intervenção passou a incidir em duas vertentes:

1) vedação de determinadas cláusulas contratuais consideradas abusivas;

2) imposição de determinadas cláusulas nos contratos para proteção da parte mais vulnerável.

Surgiram a teoria revisionista e a da lesão.

Teoria revisionista => possibilidade de se alterar o contrato em virtude de causas supervenientes.

Lesão => desproporção entre a prestação e a contraprestação.

Com o passar do tempo, essas teorias mitigaram o princípio da imutabilidade dos contratos.

O projeto do Código de 1916 é do século XIX, ou seja, época do Estado Liberal. O Código Civil de 1916 não faz qualquer menção à lesão. Não há menção à resolução do contrato em virtude da onerosidade excessiva nem à função social do contrato.

No atual CC, houve maior modificação filosófica na Teoria Geral dos Contratos.

A Constituição de 1988 incluiu valores fundamentais que deveriam inspirar os legisladores. Incluiu como fundamento da República, a preservação da dignidade humana.

Art. 3º da CRFB: solidariedade social (versão moderna do princípio “fraternité” da Revolução Francesa.

A partir da Constituição de 1988, iniciou-se o fenômeno da constitucionalização ou publicização do Direito Civil.

Surgiu o Direito Civil Constitucional: há uma integração simbiótica entre estes dois ramos do direito. Significa uma nova ordem de interpretação.

Segundo o Des. Sylvio Capanema, o atual Código Civil foi tímido ao tratar matérias em que deveria avançar – Direito de Família e Direito de Sucessões.

Para o Des. Sylvio Capanema, os defeitos do Código Civil foram

compensados pela sua grandeza: seu valor está nas entrelinhas.

Há três paradigmas do atual Código Civil:

- função social do direito;
- efetividade: necessidade de direito efetivo que realizasse a justiça concreta;
- boa-fé objetiva: regra obrigatória de conduta, dever jurídico.

O Código Civil de 1916 refletiu, portanto, o aspecto individualista do século XIX (Estado Liberal), pautado nos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

O novo CC traz como preocupação a função social do direito. Há um direito civil comprometido com a função social.

O Código Civil, para implementar estes valores, tinha que mudar a técnica legislativa. Adotou-se a técnica das cláusulas abertas.

Partindo do princípio da eficácia da Constituição, o atual Código Civil em inúmeros dispositivos, reflete estas mudanças.

Os direitos de personalidade são fundamentais para garantirem a preservação da dignidade humana.

Art. 187: o abuso de direito é ato ilícito gerando a responsabilidade civil.

Propriedade: antes era sacralizada; atualmente, é limitada ao interesse social.

O art. 1.228 diz que ela deve ser exercida em consonância com suas finalidades econômicas e sociais.

Art. 1.228, § 2º: Teoria do Abuso de Direito

O abuso de direito passou a ser considerado ato ilícito, gerando o dever de indenizar.

Art. 1.228, § 4º: traz mudança radical no direito de propriedade. É expropriação social.

No Direito de Família, houve alguns avanços graças à Constituição de 1988.

No Código Civil de 1916, o marido é considerado o cabeça do casal. O atual Código Civil faz referência a uma comunhão plena de vida, com igualdade de direitos e deveres. O pátrio poder antes era exercido pelo ma-

rido; atualmente, fala-se em poder familiar.

A guarda será deferida a quem melhor tiver condições de prover os interesses do menor. Estabeleceu-se que o Estado não pode interferir no planejamento familiar.

No campo do Direito das Sucessões, houve fortalecimento da posição do cônjuge, que passou a concorrer com os herdeiros necessários.

O Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Mello abordou o tema relativo à posse como instrumento de garantia fundamental.

A posse é defendida, para os adeptos de Ihering, porque o possuidor traz consigo aparência de ser proprietário.

Esta perspectiva ainda consta no art. 1196 do Código Civil. Ocorre que na interpretação conforme a constituição, a posse não é apenas instrumento de defesa da propriedade; é instrumento que afirma direitos fundamentais. Esta é a faceta positiva do instrumento possessório.

Na cidade, temos a posse moradia; no campo, temos a posse trabalho. Através dessas posses, vários direitos são preservados – direito da dignidade humana, direito à moradia etc.

É importante destacar que a nossa constituição não se limita a garantir direitos; é uma constituição promocional.

Posse que era um instituto de defesa passa a ser um instituto de afirmação de valores fundamentais.

Podemos notar esse dado no sepultamento da exceção de domínio. A Súmula 487 do STF está ultrapassada. A jurisprudência é pacífica neste sentido.

A propriedade se tornou matéria estranha às demandas possessórias.

Outra questão importante diz respeito à acessão invertida, que sempre foi dilema no Judiciário.

Ex: acessão tem valor maior que a própria terra. Fica debate entre a terra nua e o que nela se edificou ou plantou.

No art. 1255, parágrafo único, se o Magistrado verificar que a acessão tem valor significativamente maior, em homenagem à boa-fé e à função social, inverte-se a regra da acessão. Requisitos: boa-fé, função social; ac-

são ser mais valiosa que o terreno, o que não é difícil de ocorrer.

Segundo o doutrinador, nenhum instituto terá relevância se não cumprir a função social.

O parágrafo 1º do art. 1228: a função social da propriedade está em pé de igualdade com a própria proteção da propriedade.

O Des. Marco Aurélio fez menção à orientação do STJ envolvendo a passagem forçada. Se a pessoa tem acesso muito difícil, inadequado e necessita acesso melhor para mais bem explorar a função social de seu imóvel, tem direito à passagem forçada. A legislação é a mesma, mas há uma releitura do instituto, de acordo com a interpretação conforme a constituição: função social da propriedade.

O Desembargador Sergio Cavalieri Filho abordou o tema responsabilidade civil.

A cláusula geral de responsabilidade civil no Código Civil de 1916 está contida no art. 159.

Segundo o doutrinador, o século XX foi o século da revolução tecnológica, social, econômica, política etc.

Começou-se a admitir a responsabilidade sem culpa, fora do art. 159, ou seja, responsabilidade objetiva.

Na Constituição da República de 1946, no art. 194, há previsão da responsabilidade objetiva do Estado.

Na atual Constituição, há áreas de responsabilidade civil constitucionalizadas – ex: art 37, parágrafo 6º.

O abuso do direito é considerado ato ilícito (art. 927 c/c art. 187 do Código Civil).

Responsabilidade pela atividade de risco está prevista no art. 927, parágrafo único.

Uma observação importante é que a atividade normalmente desenvolvida é a habitualmente desenvolvida.

A responsabilidade empresarial está prevista no art. 931 do Código Civil: responsabilidade objetiva pelo fato do produto.

Quais os efeitos da responsabilidade objetiva?

a) aniquilou a responsabilidade indireta;

b) reduziu o campo da responsabilidade subjetiva, que era regra e passou a ser exceção;

c) superou a dicotomia – responsabilidade contratual e extracontratual.

Temos atualmente sistema de responsabilidade civil complexo, ou seja, reflexo da sociedade moderna.

Esperando esta Magistrada ter abordado alguns aspectos de tema doutrinário tão vasto, é encerrado o presente trabalho.

# Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte: A Problemática do Crime de Roubo Perpetrado Durante o Percurso

Renato Lima Charnaux Sertá<sup>1</sup>

Na atualidade, mercê do avanço tecnológico e da revolução nas comunicações, observa-se a crescente necessidade de prover o deslocamento de pessoas e coisas de forma adequada, rápida e eficiente.

Atento a essa realidade, coube ao legislador do Código Civil de 2002, inovando em relação ao diploma de 1916 – que era silente a respeito –, disciplinar o contrato de transporte, o que fez em seus artigos 730 a 756.

Na ambiência das grandes cidades, o serviço de transporte atrai a incidência da responsabilidade civil objetiva, a dispensar a perquirição de culpa na configuração do ato ilícito, e, dessa forma, facilitar a busca da indenização para as vítimas de acidentes ou falhas no serviço. Há tríplice fundamento para tal aplicação:

Em primeiro lugar, o transporte urbano subsume-se ao regime do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que impõe esse tipo de responsabilidade e remete às demais regras atinentes ao desempenho do serviço delegado, objeto aliás de expressa menção do artigo 731 do Código Civil, *verbis*: “o transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”.

Em segundo lugar, tratando-se, como se trata, de prestação contínua de serviços mediante remuneração, a atividade se enquadra no artigo 3º e seu parágrafo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e a falha

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular da 8ª Vara da Fazenda Pública.

na sua prestação atrai também a responsabilidade objetiva, seja por vício do serviço (artigo 20), seja por fato do serviço (artigo 14).

*Last but not least*, o Código Civil aponta por igual a responsabilidade objetiva ao transportador, em razão da natureza da atividade desenvolvida, perigosa na sua essência – daí o dever de incolumidade ínsito ao contrato de transporte – a atrair a regra do parágrafo único do artigo 927 daquele diploma.

Conforme acentua com precisão Sergio Cavalieri Filho, o Código Civil ali estabeleceu “*uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo desempenho de atividade perigosa – fato do serviço – cobrindo área mais abrangente do que a do artigo 14 do Código do Consumidor, embora fundado nos mesmos princípios.*”<sup>2</sup>

Embora objetiva a responsabilidade, comporta, como cediço, excludentes do nexo causal que tem o condão de afastá-la em alguns casos. Em matéria de transporte, destaquem-se a força maior, o caso fortuito, ou ainda o fato exclusivo de terceiro ou mesmo da vítima.

Quanto às duas primeiras excludentes, malgrado certa confusão entre os doutrinadores, mostra-se precisa a distinção estabelecida por Sergio Cavalieri Filho: “*estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de força superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior...*”<sup>3</sup>

Entrementes, quanto ao caso fortuito, faz-se hoje uma outra distinção, extremando as hipóteses de fortuito interno daquelas de fortuito externo. As primeiras correspondem a fatos imprevisíveis (e por isso inevitáveis), porém relacionadas com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador. Em casos tais, mesmo sendo imprevisíveis, os eventos não têm o condão de afastar a responsabilidade, eis que a empresa optou por desenvolver suas atividades naquele ramo mais arriscado, e portanto não

2 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 293.

3 CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 84.

pode alegar tais circunstâncias para livrar-se de assumir suas consequências. O jurista cita o clássico exemplo do piloto aéreo que sofre um infarto em pleno vôo, ocasionando a queda do avião com os danos daí decorrentes. Fato imprevisível, porém ligado à atividade escolhida, fortuito interno, portanto; a empresa não poderia afastar sua responsabilidade frente aos passageiros<sup>4</sup>.

Já o fortuito externo, apesar de imprevisível (e também inevitável), é estranho à organização do negócio, e nesse aspecto se aproxima e até se confunde com a força maior, o que também é acentuado por Agostinho Alvim<sup>5</sup>.

O fortuito externo tem o dom de ser excludente da responsabilidade civil, posto que seus fatores, por alheios à atividade, assemelhados ou correspondentes às grandes catástrofes, rompem inexoravelmente o nexo causal entre atividade e dano, desmontando a possibilidade de responsabilização civil.

## **A PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DOS EPISÓDIOS DE VIOLÊNCIA NO TRANSPORTE COLETIVO**

Postas essas premissas, desenha-se na essência o desafio do julgador nas demandas que envolvem a chamada violência urbana.

É que vem crescendo nas estatísticas o número de casos de roubos a mão armada, ocorridos no interior dos coletivos que operam em linha regular nas cidades. Malgrado algum progresso que se verificou em termos da atuação policial, o fato é que os episódios, que antes eram raros, passaram a ser assustadoramente frequentes.

A questão reside em saber se tais episódios constituem fortuito externo (assemelhados a força maior), ou não passam de fortuito interno.

A frequência em alta sugere que, nos dias atuais, os roubos em veículos de transporte coletivo, enquanto casos fortuitos, tendem a migrar de categoria (de externos para internos), já que a violência passou a fazer

---

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 300.

<sup>5</sup> ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª ed., p. 314-315, *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 301.

parte do cotidiano daquela atividade.

Entretanto, é mister considerar que a escalada da violência – levando ao ocaso o argumento da imprevisibilidade do assalto – abriu a possibilidade de tornar as empresas de transporte verdadeiras parceiras do Poder Público no enfrentamento do problema. Já não se admite que estejam alheias a ele.

A uma porque tais empresas, como se frisou acima, são verdadeiras delegatárias do serviço público, atuando como *longa manus* do próprio Estado, tendo por isso chance de estabelecer com o ente público uma relação muito mais estreita do que qualquer cidadão comum.

A duas porque podem elas, em tese, optar por deixar de operar a linha notadamente perigosa, devolvendo a concessão ou permissão ao Poder Público, o qual ficará instado a prover o serviço, seja diretamente, seja através de outra empresa que a tanto se disponha. Na interação entre tais posturas, na negociação que se dê em razão dessa nova ordem de coisas, provavelmente mais medidas haverá de ser tomadas para elevar o nível de segurança da população.

Diante desse quadro, em permanente mutação, intensa tem sido a discussão em sede doutrinária, e mais ainda no âmbito da jurisprudência: responsabilizar-se-á ou não as empresas pelos roubos perpetrados contra os passageiros ocorridos durante o percurso?

A discussão prossegue nos Tribunais Estaduais, e também no Superior Tribunal de Justiça. Nessa Corte, houve considerável período de dissenso, digladiando-se duas correntes:

A primeira, capitaneada entre outros pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, posicionava-se pela responsabilização da empresa transportadora. Consta da ementa do acórdão da 4ª Turma, no Recurso Especial nº 175794-SP, julgado em 5.11.1998: *“Responsabilidade Civil. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora. O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de frequentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro.”*

Cita ainda o referido acórdão precedente da mesma Turma, no RESP n° 50.129-RJ, tendo sido relator o Ministro Torreão Braz.

No mesmo sentido, acórdão da lavra do Ministro César Asfor Rocha, da 4ª Turma, no RESP n° 232649-SP, julgado em 15.08.2002: *“Responsabilidade Civil do Transportador. Assalto no interior de ônibus. Lesão irreversível em passageiro. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido pelas peculiaridades da espécie. Tendo se tornado fato comum e corriqueiro, sobretudo em determinadas cidades e zonas tidas como perigosas, o assalto no interior do ônibus já não pode ser genericamente qualificado como fato extraordinário e imprevisível na execução do contrato de transporte, ensejando maior precaução por parte das empresas responsáveis por esse tipo de serviço, a fim de dar maior garantia e incolumidade aos passageiros.”*

Todavia, em reunião da Segunda Seção daquele Tribunal, ocorrida em outubro de 2002, decidiu-se por sufragar a tese segundo a qual não há qualquer responsabilidade da empresa transportadora em sinistros com uso de violência, passando a prevalecer o entendimento esposado pelo Ministro Barros Monteiro no RESP n° 435865-RJ, julgado em 09.10.2002, *verbis*: *“Responsabilidade Civil. Transporte Coletivo. Assalto à mão armada. Força Maior. Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo”*.

Em julgamento posterior, o próprio Ministro Ruy Rosado curvou-se à posição vencedora, embora ressaltando sua opinião pessoal. Colhe-se da ementa do acórdão no RESP n° 325575-RJ, de 25.11.2002:

*“Responsabilidade Civil. Transporte urbano, Assalto a Ônibus. A empresa transportadora não responde pela morte de passageiro, resultante de assalto. Precedente da Segunda Seção, superando divergência entre as duas Turmas de Direito Privado. Ressalva do relator. Recurso não conhecido”*. Consta da íntegra do aresto a referência a vários julgados que responsabilizavam as transportadoras, registrando-se porém a prevalência de orientação diversa pela Seção de Direito Privado, segundo a qual *“a simples circunstância de serem comuns hoje, no Brasil, delitos*

*de natureza semelhante à versada nesta causa, não é o bastante para atribuir-se responsabilidade á transportadora, que não deu causa alguma ao fato lesivo, sabido que a segurança pública dos cidadãos se encontra afeta às providências do Estado.”*

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a jurisprudência ainda não se pacificou. A título de exemplo, enquanto algumas Câmaras Cíveis têm votado pela exclusão da responsabilidade das empresas, outras se manifestam em sentido contrário, isto é, pela responsabilização das transportadoras.

Quanto à corrente que isenta de responsabilidade a transportadora, seu argumento tem se centrado no fato de o assalto a mão armada constituir atividade totalmente estranha ao transporte, o que impossibilitaria as empresas de adotar quaisquer medidas eficazes que preservem a segurança dos passageiros. Colhe-se a respeito, a ementa do acórdão da 8ª Câmara Cível, proferido na AC 2004.001.05471, sendo Relator o Desembargador Marco Aurélio Froes:

*“Em regra, o assalto a mão armada no interior de coletivo não guarda qualquer relação com a atividade prestada pela operadora, de molde a afastar a sua responsabilização com base na teoria do risco do empreendimento.....se trata de fortuito externo, ou seja, não guarda qualquer conexão com o serviço prestado.”*

E mais recentemente:

*“... Exclui a responsabilidade do transportador o fato de terceiro que não guarda conexão com o contrato de transporte. Rompido o nexo causal, exclui-se a responsabilidade do transportador. Roubo perpetrado no interior de vagão de metrô. Fato de terceiro. Questão de segurança pública e não de segurança no transporte. Conhecimento e desprovemento do recurso.”* (Apelação 0336792-91.2008.8.19.0001, julgamento em 20/03/2012 – 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza)

Já na vertente que tende a responsabilizar a empresa de transportes pelos danos ocorridos em virtude de roubos no interior dos veículos, duas linhas de argumentação têm sido utilizadas.

A primeira identifica no caso concreto a existência de algum deslize ou imprudência do motorista do ônibus que tenha de alguma forma colaborado para o desfecho lesivo ao passageiro; por exemplo, na hipótese de o motorista, de forma temerária, parar em local escuro ou perigoso, fora do ponto, etc... Daí se infere que, *contrario sensu*, o julgador teria concluído pela ausência de responsabilidade da transportadora, não fosse o deslize especificamente cometido por seu preposto.

A segunda linha de argumentação, esta sim, visceralmente oposta à tese da exclusão da responsabilidade, aborda o dilema considerando que, nos dias atuais, já não se há de falar em imprevisibilidade e inevitabilidade dos assaltos, tão numerosos e frequentes se tornaram. E, portanto, embora não possam as empresas evitar tais eventos, podem colaborar para diminuir sua incidência.

Entre outros arestos, merecem registro os proferidos na Apelação Cível 2003.001.35802, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível 2002.001.25591, 9ª Câmara Cível, bem assim a preciosa lição que se colhe do voto do Desembargador José Carlos de Figueiredo, na Apelação Cível 2003.001.02461, 11ª Câmara Cível:

*“Não se quer aqui asseverar a necessidade do transportador transformar seus veículos em fortalezas indevassáveis. O que se pretende é deixar, tão somente, claro que o passageiro não pode ficar entregue à própria sorte. O responsável pelo seu transporte deve diligenciar também na sua segurança, solicitando as providências junto às autoridades e instalando mecanismos que dificultem a atuação de meliantes, tudo isso com inexpressiva onerosidade ante a capacidade econômica das empresas”.*

Na mesma linha de princípio, destaca-se aresto que recentíssimamente concluiu:

*“...O furto ou o roubo praticados no interior do coletivo inserem-se na previsibilidade do fortuito interno. A responsabilidade das*

*empresas de transporte coletivo é objetiva, vez que devem adotar meios para impedir a ocorrência de fatos que tais. Cabe ao transportador assumir os riscos de seu negócio. Reparação moral devida face à situação vivenciada pela autora pela perda de pessoa querida.” (Apelação 0043644-30.2007.8.19.0038, julgamento em 14/02/2012 – 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relatora Des. Gilda Carrapatoso)*

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir não ser mais tolerável a omissão dos atores envolvidos na prestação de serviços de transporte público, sendo dever de todos colaborar na solução do problema da violência contra os passageiros ocorrida durante o percurso. Sejam quais forem os posicionamentos da jurisprudência a respeito, eles hão de se assentar na necessidade de mobilização de todos no combate à insegurança. Fazer com que o Poder Público, mesmo que por via transversa, encare o problema de frente e se disponha, juntamente com a sociedade civil a resolvê-lo, constitui atualmente um dos mais relevantes papéis a serem desempenhados pelos operadores do Direito. ♦

# Responsabilidade Civil - Contratos - Direito de Propriedade e Posse - Direito de Família

Roberta Barrouin Carvalho de Souza<sup>1</sup>

## TÓPICO 1 - RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916 somente tratava da responsabilidade civil em um único artigo, qual seja, o artigo 159, sendo que, por tal fato, a abordagem da matéria era extremamente limitada, daí a importância da doutrina e da jurisprudência para ajudar a ampliar o debate sobre o tema.

O Código Civil de 2002 inovou no tratamento da matéria, dedicando diversos artigos ao seu estudo, o que ajudou a consolidar muitos posicionamentos que já eram adotados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Os artigos principais a respeito do tema no Código Civil de 2002 são o 927 e o 186.

O artigo 927 dispõe que: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O seu parágrafo único traz uma inovação quando trata expressamente da responsabilidade civil pela teoria do risco criado.

Tal artigo dispõe que:

*“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Vara de Execução Penal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A expressão chave deste artigo é a “atividade normalmente desenvolvida”, ou seja, atividade que tem risco inerente. Tal atividade tem que ser prestada com segurança.

O risco, por si só, não é ato ilícito. O exercício de uma atividade de risco sem a devida segurança é que constitui ato ilícito.

O artigo 931 do Código Civil também constitui uma inovação na medida em que disciplinou a responsabilidade objetiva.

Em termos de responsabilidade civil, admite-se toda forma de reparação possível, inclusive aquela referente ao dano estético, que é extra danos morais.

A respeito do tema, seguem alguns casos concretos que ilustram o acima mencionado:

## SENTENÇA

### **É o relatório. Decido.**

*Trata-se de ação de indenização, alegando a parte autora, como causa de pedir, descumprimento do contrato celebrado entre as partes, pelo réu, motivo pelo qual requer a condenação deste a pagar-lhe indenização por danos materiais e morais.*

*Em sua defesa, a parte ré alega que quem descumpriu o contrato celebrado pelas partes foi o autor, o que teria lhe causado danos morais, razão pela qual apresentou reconvenção requerendo a condenação do autor a pagar-lhe indenização.*

*Inicialmente, impende ressaltar que a preliminar suscitada pelo réu já foi analisada e rechaçada na decisão saneadora, pelo que passo à análise do mérito.*

*Quanto a este, depreende-se dos autos que não assiste razão ao autor em suas alegações na inicial, isto porque, com sua conduta, deu causa aos prejuízos por ele sofridos, senão vejamos.*

*De fato, as partes celebraram um contrato de locação de autonomia para dirigir táxi, por meio do qual o autor, detentor de tal autonomia, a cederia ao réu, que pagaria determinado valor*

*por eles acordado e, ainda, o valor correspondente à prestação do veículo que seria adquirido pelo autor, bem como do seguro do dito veículo.*

*Restou ainda acordado pelas partes que, como o autor é quem adquiriria o veículo, já que era ele o detentor da autonomia, ficaria responsável por quitar as respectivas prestações mediante o repasse do valor que seria depositado pelo réu em sua conta, sendo pactuado, por fim, entre as partes, que o réu entregaria determinada quantia ao autor para que este pagasse uma dívida e retirasse seu nome do SPC a fim de poder adquirir o veículo, sendo certo que tal valor seria abatido mensalmente do aluguel devido pelo réu a ele.*

*Ocorre que, dos documentos juntados pelo réu às fls. 72/99 e, ainda, dos depoimentos pessoais das partes, conclui-se claramente que quem não cumpriu, primeiramente, o acordado, foi o réu.*

*Isto porque tais documentos comprovam que o autor vinha cumprindo a sua parte no acordo até a propositura da presente ação, ao contrário do réu que, desde do início já deixou de cumprir a sua parte, deixando de pagar as prestações do veículo adquirido, bem como do seguro, não obstante o repasse do dinheiro pelo réu, o que foi por ele mesmo confessado, conforme passo a demonstrar:*

*“que ficou pactuado entre as partes que o valor da locação que o réu lhe pagaria seria de R\$ 1.000,00; que entretanto tal valor seria de R\$ 800,00 no primeiro ano do contrato, já que seriam descontados R\$ 200,00 relativos ao adiantamento de R\$ 2400,00; que o réu lhe pagou para que retirasse o seu nome dos cadastros restritivos de crédito; que o réu vinha lhe pagando todo o valor acordado mensalmente; que, em dezembro de 2006, o depoente se enrolou, tendo deixado de pagar 6 cotas relativas ao seguro e três prestações relativas à aquisição do veículo; que o depoente, então, celebrou novo acordo com o réu: ficaria de janeiro a outubro sem pagar o valor relativo à locação da permissão; que então*

*o réu se comprometeu a arcar com as prestações em atraso com relação ao contrato para a aquisição do veículo; que o réu quitou as prestações em atraso, mas deixou de pagar as prestações relativas aos meses de janeiro a maio de 2007, alegando que tinha batido com o carro e não teria condições de pagar; que foi chamado pelo banco a fim de fazer um acordo, tendo refinanciado o valor da dívida em 48 parcelas, sendo a primeira com vencimento para agosto de 2007; que ficou acordado que o réu pagaria as prestações relativas ao refinanciamento; que, em outubro de 2007, procurou o réu a fim de que este voltasse a pagar-lhe o valor correspondente a locação, uma vez que já tinha ficado dez meses sem efetuar o dito pagamento; que o réu informou que havia feito as contas e que o pagamento da locação só seria devido a partir de abril de 2008; que então em dezembro ingressou com a presente ação e nada mais recebeu do réu; que quando ingressou com a ação o réu parou de pagar as prestações relativas ao financiamento feito sobre o contrato de aquisição do veículo, tendo deixado de pagar as prestações de janeiro a outubro de 2008, ocasião em que o veículo foi apreendido...que não avisou ao réu imediatamente ao começar a ter problemas financeiros e não poder mais arcar com as prestações do seguro e da aquisição do carro porque pensou que fosse conseguir dinheiro para regularizar a situação; que durante o período em que o réu depositava o dinheiro na conta do autor para o pagamento do seguro e das prestações e este não as pagava, tal verba entrava em sua conta e saía direto para abater o valor do cheque especial.”*

*Desse modo, claro está que foi o próprio autor quem deu causa a todos os prejuízos que alega ter sofrido, na medida em que atrasou as prestações do veículo adquirido, bem como do seguro a ele relativo, o que culminou, inclusive, na busca e apreensão dele, razão pela qual o pleito de busca e apreensão perdeu o objeto, assim como o pleito de rescisão contratual, já que o objeto do contrato celebrado entre as partes não mais existe e os demais pleitos for-*

*mulados pelo autor na inicial da ação principal de indenização por danos materiais e moral não podem ser acolhidos.*

*Neste momento, impende ressaltar que a ninguém é permitido se valer de sua própria torpeza, sendo certo que a boa-fé deve sempre prevalecer em todas as fases do contrato, o que não foi observado pelo réu, já que deixou de utilizar o dinheiro que o réu depositava em sua conta para a finalidade acordada, tendo, inclusive, em seu depoimento, afirmado que tal dinheiro entrava em sua conta e diretamente cobria o cheque especial, já que estava passando por dificuldades financeiras, sendo certo que não avisou tal fato ao réu.*

*Ademais, o autor afirmou, ainda, em seu depoimento, que o réu cumpria regamente sua parte no acordo, tendo renegociado a dívida existente junto ao banco que financiou o veículo adquirido e que, somente deixou de efetuar os pagamentos, quando ingressou com a presente ação, devendo ser ressaltado, ainda, que por ter o autor deixado de pagar o seguro relativo ao veículo adquirido, o réu teve que arcar com todos os prejuízos advindos do acidente sofrido.*

*Por outro lado, merece prosperar o pleito formulado pelo réu na reconvenção, de indenização, por danos morais, já que a atitude do autor, com certeza, causou danos à sua personalidade, na medida em que interferiu em sua esfera psicológica, já que suportou constrangimento, angústia e frustração diante da impossibilidade de utilização do táxi por determinado tempo, devido ao acidente sofrido, quando descobriu que o seguro não se encontrava pago pelo autor, tendo que arcar com todos os prejuízos daí decorrentes e, ainda, por ter que refinar as prestações do veículo por mais de uma vez, já que o autor também não as pagava.*

*Estabelecida a questão da responsabilidade, passa-se, pois, à fixação do **quantum** indenizatório, que deve ser arbitrado diante da repercussão do dano, das possibilidades econômicas do ofensor e do seu grau de culpa. Tais critérios, em linhas gerais, vêm sendo*

*aceitos pela maioria da doutrina e jurisprudência, que pedem, no entanto, o prudente arbítrio do Juiz, de forma a evitar que a indenização se transforme num bilhete premiado para a vítima, como ocorre quando a vítima é “indenizada” em quantias desproporcionais.*

*Dano é sinônimo de prejuízo. Ressarcir o dano é, pois, ressarcir o prejuízo sofrido por alguém e não punir o ofensor. “Ressarcir” o dano para punir o ofensor é dar ao lesado mais do que ele perdeu, gerando enriquecimento sem causa. Correta a lição de Agostinho Alvim e Sílvio Rodrigues, dentre outros, de que o dano moral não é forma de pena privada, eis que tal critério esbarra no princípio do Código Civil de que as perdas e danos devem englobar o que se perdeu, mais o que razoavelmente deixou-se de ganhar. Incrementar o dano moral, pois, é acrescentar um plus indevido, sendo carente de base jurídica a tese de que o ressarcimento do dano moral deve servir como punição.*

*Tem pertinência a lição do Ministro Sálvio de Figueiredo no julgamento do Recurso Especial nº 171.084-MA, no sentido de que:*

***“A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.”*** (DJU de 05.10.98, pg. 102)

*Considerando esses parâmetros, deve o montante da indenização*

*ser fixado em R\$ 3.000,00.*

*Em face do exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM ANÁLISE DO MÉRITO, com relação aos pleitos formulados pelo autor de rescisão contratual, bem como de busca e apreensão do veículo adquirido, com fundamento no artigo 267, VI do Código de Processo Civil.*

*JULGO IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS formulados pelo autor na inicial da ação principal.*

*JULGO PROCEDENTE o pleito formulado pelo réu/reconvinte na reconvenção para condenar a parte autoral/reconvindo a pagar, a título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora a partir da data desta sentença.*

*Condeno o autor/reconvindo ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios, relativos à ação principal que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), observado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ser beneficiária de gratuidade de justiça.*

*Condeno a autor/reconvindo ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios relativos à reconvenção, que fixo em 20% do valor da condenação, observado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ser beneficiária de gratuidade de justiça.*

*Após o trânsito em julgado, intime-se a parte ré/reconvinte para a apresentação de planilha, de acordo com o disposto no artigo 475-B, do Código de Processo Civil. Vindo o cálculo, intime-se a parte ré para o pagamento do débito no prazo de quinze dias, sob pena de incidência da multa prevista no artigo 475-J, do mesmo ordenamento. Decorrido o prazo de seis meses, cumpra-se o § 5º, do artigo 475-J, do CPC, se for o caso.*

## TÓPICO 2 - CONTRATOS

A respeito do tema, tem-se que não é apenas a liberdade de contratar que assegura a justiça dos contratos.

Tal fato foi percebido com o passar do tempo, na época do Estado Liberal, gerando uma mudança de postura por parte do Estado, que passou a intervir nas relações privadas, quando necessário, a fim de manter a igualdade, a isonomia entre as partes e, conseqüentemente, a justiça dos contratos.

O Estado passou a ser social, garantindo, não só os direitos individuais, mas também os sociais.

Passou-se a proteger os hipossuficientes, equilibrando-se as relações.

Com o novo Código Civil foi feita uma releitura dos princípios do direito civil à luz dos princípios de direito constitucional.

A boa-fé objetiva passou a ser regra de conduta obrigatória entre os contratantes e a função social do contrato passou a nortear os negócios jurídicos. Surgiu a limitação da autonomia de contratar em razão da função social do contrato.

Vários institutos foram criados com a finalidade de proteger o consumidor, tais como o consentimento informado, a teoria da lesão, o dever de informação.

Descobriu-se, então, que liberdade não é fonte de isonomia e a boa-fé objetiva nada mais seria do que se verificar se o comportamento das partes se adequa ao esperado do homem de bem.

A respeito do tema, seguem os casos concretos analisados por essa magistrada:

### SENTENÇA

#### **É o relatório. Fundamento e decido.**

*Inicialmente, impende ressaltar que não existem preliminares a serem apreciadas, razão pela qual passo diretamente a análise do mérito da causa.*

*No mérito, depreende-se que a controvérsia gira em torno de se aferir qual foi o objeto do contrato celebrado entre as partes.*

*Da análise detida dos autos depreende-se que, não obstante não ter constado do contrato celebrado pelas partes, juntado aos autos pela parte autora às fls. 18/19, a transferência do ponto comercial, conforme se verifica nas cláusulas primeira e segunda, já que pelo teor dessas cláusulas o autor se comprometeu a vender ao réu o estoque de mercadorias, móveis, utensílios e instalações existentes no imóvel situado na – Barra da Tijuca, claro está que a intenção das partes era esta.*

*Isso porque o que pretendia o réu era a utilização do estabelecimento comercial no qual encontrava-se instalada a sociedade do autor, até pelo que se constata do parágrafo único da cláusula terceira do referido contrato, por meio da qual o réu compromete-se a integralizar o valor pactuado entre as partes tão somente após a entrega por parte do autor a ele do cartão do CNPJ e do DOCAD de alteração de endereço do estabelecimento comercial existente em nome da sociedade dos vendedores que antes funcionava no local.*

*Ademais, as testemunhas ouvidas em juízo comprovaram que as partes pactuaram, por meio do contrato celebrado, a transferência do ponto comercial no qual se encontrava a sociedade do autor, sendo que o pretendido pelo réu era, de fato, a utilização do estabelecimento comercial, conforme passo a demonstrar:*

*“que conhece tanto o autor quanto o réu; que trabalhou com o autor na loja, situada na Barra; que conhece o réu porque é seu atual patrão em outra loja, situada também na Barra; que trabalhou para o Autor durante cinco anos; que o Autor vendeu a loja para o Réu que aproveitou os móveis e utensílios lá existentes e também os funcionários; que não ficou sabendo da transação efetuada pelas partes; que tão somente soube do negócio realizado quando o réu já havia comprado a loja e que começou a trabalhar para este; que trabalhou para o Réu na loja vendida pelo*

*Autor por mais de um mês, não sabendo precisar ao certo por quanto tempo; que ouviu dizer que o réu teve que sair da loja vendida pelo Autor porque este último tinha vendido a loja para outra pessoa; que quando se refere a venda da loja, quer se referir a venda do ponto com tudo que estava dentro da loja; que o autor comentou com uma funcionária que havia vendido a loja e esta informou aos demais funcionários de tal venda; que entende como ponto comercial, o lugar, com tudo que tinha dentro.” (depoimento da testemunha do réu – a fl. 216).*

*“que conhece tanto o autor quanto o réu; que conhece o réu porque estudou com ele; que conheceu o autor através de um representante comercial em razão de seu trabalho, motivo pelo qual, inclusive, apresentou o autor ao réu; que o réu, recém-chegado de Portugal o procurou dizendo que pretendia abrir um negócio; que, por ter sido informado que o autor pretendia vender a sua loja de material elétrico, achou que poderia ser um negócio interessante para o réu, tendo, então, colocado os dois em contato; que chegou a ir ver pessoalmente a loja do autor e achou que o negócio era bom em virtude do preço pretendido e da valorização da localização do estabelecimento; que, então, autor e réu começaram as negociações, que até onde participou das negociações, acompanhou que o acordo celebrado pelas partes incluiria a venda pela parte autora à parte ré de um estoque que era baixo, instalações, móveis e utensílios e, especialmente, o ponto comercial; que a maior parte do valor negociado era para o pagamento do ponto comercial, já que existiam uma série de débitos com relação a empresa do autor, tendo, inclusive, ficado pactuado entre as partes, que tal empresa seria extinta ou retirada do local, para que o réu pudesse instalar a sua própria empresa, ficando, inclusive, com os funcionários que anteriormente trabalhavam para o réu; que a localização do estabelecimento comercial foi fundamental na determinação do valor.”*

*Nessa linha de raciocínio, o fato é que o autor passou a posse do*

*estabelecimento comercial no qual estava localizada sua sociedade para o réu, tendo, inclusive, entregado as chaves do dito estabelecimento a ele, razão pela qual, tendo sido afirmado por uma das testemunhas ouvidas em juízo que o estoque de mercadorias transferido pelo autor ao réu era baixo, claro está que a maior parte do valor acordado entre as partes era pela transferência do ponto.*

*Nesse momento, impende ressaltar o disposto no artigo 422 do Código Civil no sentido de que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, o que parece não ter sido observado pelo autor quando da celebração do contrato, devendo ser salientado a lição do eminente doutrinador Marco Aurélio Bezerra de Melo acerca do tema, conforme passo a demonstrar:*

*“O princípio da boa-fé está ligado à interpretação dos contratos, tal como podemos imaginar na leitura do art. 112 do Código Civil, que determina ao intérprete que retire os efeitos do contrato segundo a intenção das partes, e não ao sentido literal da linguagem. Desta forma, o Juiz deverá aferir o contrato de forma global para analisar se de alguma forma o proceder de uma das partes – deliberado ou não – frustra as expectativas contratuais, abusando da confiança depositada.”*

*Faz-se mister, também, se destacar o expresso nos artigos 147 e 145 do Código Civil que dispõem, respectivamente, que nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado e que são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.*

*Assim, se havia débito locatício de tal monta a justificar uma ação de despejo, deveria o autor ter informado ao réu acerca de tal dívida para que este pudesse decidir se o negócio efetuado ainda o interessava, o que, entretanto, deixou de fazer, agindo,*

*portanto, com dolo.*

*Por outro lado, não tendo as partes requerido a realização de prova pericial, não há como se aferir o valor exato do estoque, dos móveis, utensílios que, de fato, ficaram com o réu após ter esse devolvido as chaves do estabelecimento comercial que lhe foram entregues pelo autor a este, quando tomou ciência da ação de despejo existente em face do autor, em virtude do débito locatício existente, tendo, inclusive, o proprietário do dito estabelecimento já celebrado contrato de locação com terceiro.*

*Assim sendo, não tendo o autor impugnado especificamente o alegado pelo réu em sua inicial da reconvenção no sentido de que do preço total estabelecido entre as partes, quando da celebração do contrato, R\$ 130.000,00, R\$ 70.000,00 era relativo ao ponto comercial, R\$ 20.000,00 era pelo estoque e R\$ 40.000,00 era pelos móveis, utensílios e instalações existentes no móvel, e que, de acordo com as notas fiscais juntadas aos autos, foram adquiridos a título de estoque o valor exato de R\$ 17.440,01 e R\$ 37.271,00 a título de móveis, utensílios, que teriam, de fato, ficado com o réu, se atendo sempre a sustentar, tão somente, que não transferiu o ponto comercial a este, o que, conforme supramencionado, não corresponde à realidade, dou como verdade o alegado pelo réu.*

*Diante do acima estabelecido, não há como se prover quaisquer dos pedidos autorais em sua inicial, devendo, por outro lado, ser acolhido o pleito do réu na reconvenção de declaração de rescisão do contato celebrado pelas partes com a consequente declaração de que a dívida existente pelo réu em face do autor é de R\$ 14.711,01.*

*Entretanto, não merece prosperar o pedido do réu no sentido de condenação do autor a pagar-lhe indenização a título de danos materiais, eis que não comprovado tais danos nos autos, não havendo sequer indícios nos autos de que tais danos de fato ocorreram, não podendo, ainda, ser acolhido o pleito de indenização por danos morais, já que não se verifica, na presente hipótese,*

*qualquer dano a personalidade do réu, ressaltando-se que se trata de descumprimento de contrato, o que, a princípio, não gera dano moral, a não ser em situações excepcionais, o que não é o caso.*

*Isso posto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos do autor na ação principal. JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos do réu na reconvenção para declarar rescindido o contato celebrado entre as partes e para declarar que a dívida existente pelo réu em face do autor é de R\$ 14.711,01.*

*Condeno a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais de honorários de advogado no valor de \$ 1.500,00 relativos à ação principal.*

*Tendo em vista a sucumbência recíproca, o pagamento das custas processuais relativos à reconvenção deve ser rateado entre as partes e os honorários, compensados, na forma do artigo 21 do Código de Processo Civil, observado, quanto à parte autora, o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ser beneficiária de gratuidade de justiça.*

*P.R.I*

*Após o trânsito em julgado da presente, certificado o correto recolhimento das custas, cumpra-se o disposto no artigo 475-J, § 5º, do CPC, se for o caso.*

### **TÓPICO 3 - DIREITO DE PROPRIEDADE E POSSE**

Com relação a tal tema, a grande inovação do Código Civil de 2002 foi o fortalecimento da posse em detrimento da propriedade.

O artigo 1.228 do Código Civil dispõe que:

*“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”*

Vários institutos foram criados para fortalecer a posse, tal como a concessão especial de uso para fins de moradia.

Existe, inclusive, lei federal dispendo sobre posse de bem público, desde que não seja de uso comum do povo.

A Emenda Constitucional 42 permite doação de bem público e a Lei 9.636 veio legitimar a posse de pessoas que vivem na favela da Rocinha, cuja grande parte está assentada em bem público.

Sobre o tema, segue arresto de julgamento realizado no e. STJ.

*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. REsp 75659 / SP RECURSO ESPECIAL 1995/0049519-8.*

A súmula 84 do STJ dispõe sobre a proteção à moradia.

Quanto ao tema, segue julgado proferido por esta magistrada:

## SENTENÇA

**É o relatório. Fundamento e decido.**

*Inicialmente, impende ressaltar que as preliminares suscitadas pela parte ré já foram devidamente apreciadas na decisão saneadora de fl. 101.*

*Feita tal consideração, passo à análise do mérito.*

*Trata-se de ação de reintegração de posse do imóvel situado na Rua Guianas, antiga Rua 2, Jardim Nautilus, Zona Urbana do 1º Distrito de Cabo Frio, proposta pela autora em face dos réus sob a alegação de que detinha a posse do referido imóvel e que os réus, em janeiro de 2005, cometeram esbulho, ingressando no imóvel.*

*Da análise dos autos, depreende-se que assiste razão à parte autora, devendo seu pedido ser acolhido, conforme passo a demonstrar. Afirma a autora, à fl. 69/70, que detinha a posse do imóvel em litígio e que tal imóvel era de propriedade de seu filho e de seu irmão, Luiz Marcelo de Araújo Fonseca e Juarez Armando de Araújo, respectivamente, sendo que ambos já faleceram, ostentando a autora a qualidade de herdeira deles.*

*A autora trouxe aos autos prova de suas alegações ao juntar a certidão de óbito de seu filho, à fl. 64, bem como o registro de imóveis de fl. 44, que dá notícias de serem seu filho e seu irmão os proprietários do referido imóvel, bem como cópias do inventário do seu irmão, no qual figura como inventariante, que se encontram às fls. 11/22.*

*Ademais, a única testemunha que depôs em juízo, à fl. 137, afirmou que celebrou contrato de locação com a autora a fim de residir no imóvel objeto da presente lide, sendo que lá permaneceu de janeiro de 2001 até janeiro de 2005, quando resolveu restituir o imóvel por ter sido vítima de um assalto, tendo, portanto, confirmado que a autora, de fato, detinha a posse do imóvel, e o usava, gozava e fruía, dando-o, inclusive, em locação.*

*Por outro lado, os réus afirmaram, em sua contestação, que se encontravam na posse do imóvel desde aproximadamente janeiro de 2005, por força de contrato verbal de comodato celebrado, através de Patrícia Porto Gomes, com o seu proprietário, Luiz*

*Marcelo de Araújo Fonseca, que, conforme já ressaltado acima, é filho da autora e falecido desde 1990.*

*Nesse momento, é imprescindível ressaltar que, tendo Luiz Marcelo falecido em 1990, não poderia ter celebrado contrato verbal de comodato com os réus por meio de uma terceira pessoa, do que se conclui que as alegações dos réus restaram afastadas pela prova dos autos.*

*Ante tudo o que foi exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado na inicial para REINTEGRAR a autora na POSSE do imóvel ali descrito, indevidamente ocupado pelos réus, concedendo a estes o prazo de 15 (quinze) dias para desocupação voluntária, findo o qual, sem a desocupação, será expedido mandado de reintegração de posse.*

*Condeno os réus ao pagamento das custas judiciais e despesas processuais devidas, além de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 500,00, na forma do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.*

*Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de reintegração de posse, a ser cumprido na forma da lei. Decorrido o prazo de seis meses, cumpra-se o § 5º, do artigo 475-J, do CPC, se for o caso.*

## **TÓPICO 4 – DIREITO DE FAMÍLIA**

A grande inovação do Código Civil de 2002 foi a possibilidade de constituição de diversos tipos de família não convencionais, desde que as pessoas estejam unidas por laços afetivos.

A jurisprudência atual já permite a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Sobre o tema, seguem os julgados dos Tribunais Superiores:

*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 PRINCÍPIOLÓGICA 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, 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 consagra-*

*dos 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 autoafirmação 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 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 compromissado 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.*

#### *Acórdão*

*Proseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo. No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araújo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo. O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.*

#### *Outras Informações*

#### *(QUESTÃO DE ORDEM) (MIN. MARCO BUZZI)*

*É cabível a afetação à Segunda Seção do STJ do julgamento de recurso especial que visa reconhecer a possibilidade de habilitação para casamento civil de pessoas do mesmo sexo, pois, embora se reconheça a praxe nesta Corte de somente se levar para julgamento na Seção matérias sobre as quais já haja um número mínimo de decisões no mesmo sentido, a relevância da matéria em discussão, a qual tem o condão de repercutir diretamente na vida de milhares de pessoas que estejam em situação jurídica idêntica, podendo, inclusive, gerar uma verdadeira corrida ao judiciário, sugere a importância de tal providência. É cabível a afetação à Segunda Seção do STJ do julgamento de recurso especial que visa reconhecer a viabilidade do pedido de habilitação para casamento civil de pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que a definição do assunto, desde logo, pelo órgão responsável por ditar a palavra final em legislação infraconstitucional de direito privado no Brasil de-tertia, inegavelmente, muito mais força e geraria maior segurança*

*jurídica a todos, do que a decisão tomada isoladamente por uma das Turmas, além de permitir, em um colegiado mais amplo, a troca de ideias e discussão do tema, a formar uma conclusão judicial dotada de insuperável autoridade e uniformidade.*

*(VOTO VENCIDO) (MIN. RAUL ARAÚJO)*

*Não é possível o conhecimento do recurso especial que visa reconhecer o direito de habilitação para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, em observância ao efeito vinculante das decisões proferidas na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, porque nestas reconheceu-se apenas a possibilidade de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, enquanto aqui se está deliberando acerca de outro instituto, o casamento civil, que tem previsão constitucional própria, de tal modo que o alcance da presente decisão transborda a competência infraconstitucional do STJ, cabendo somente ao STF deliberar sobre o mérito do recurso. ♦*

# Os 10 Anos do Código Civil - Síntese Final -

**Rodrigo Faria de Sousa<sup>1</sup>**

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 controvertidos, 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

---

<sup>1</sup> 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 inolvidável 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 partici-

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 compromissado 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. ♦

# Da Proteção Possessória no Estado Democrático de Direito

**Rosana Simen Rangel de Figueiredo Costa<sup>1</sup>**

A discussão sociológica da Teoria do Direito evidencia um sentido progressista, de avanços da participação política de todos os segmentos da sociedade, com especial atenção à contra-hegemonia interna e externa.

O Estado de Bem-Estar Social, objetivo constante do nosso ordenamento jurídico, incluído no preâmbulo da Constituição Federal, apesar dos significativos avanços sociais dele advindos, ainda não alcança um sentido amplo e real de democracia.

No Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) prescreveram-se projetos a serem realizados, progressivamente, a futuro. Adotou-se o compromisso keynesiano segundo o qual o governo é regulador da economia e administrador da vida social. Assim, o capitalismo organizado instituiu-se com a fórmula da proposta keynesiana.

No *Welfare State*, a positivação dos direitos fundamentais, sua objetivação nos princípios normativos da legitimidade absoluta da esfera pública e de ênfase nos Direitos do Homem, reintroduziu no Direito a ideia de justiça que o positivismo havia recusado.

A democracia implica na participação do povo e na consideração à sua vontade nas decisões políticas e nas decisões do Judiciário, na formulação das leis. As mudanças legislativas estão ocorrendo com o fim de efetivar os ideais do Estado Democrático de Direito. E, nesse caminho, o Código Civil de 2002 representou um grande avanço para a efetivação dos direitos sociais.

Ao Poder Judiciário cabe um papel ofensivo para criação de uma *ju-*

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular da 1ª Vara da Comarca de Maricá.

*risprudência constitucional*, que garanta a autenticidade democrática. Não deve haver lugar para um “ativismo judicial”, a não ser para essa garantia de concretização de direitos.

O judiciário deve ser o guardião dos princípios e valores fundamentais a serem assegurados aos setores ainda pouco beneficiados, concretamente, pelas garantias sociopolíticas.

Neste sentido, vemos, por exemplo, as inovações legais no Código Civil de 2002 referentes à proteção do direito de posse em nosso sistema jurídico. A posse é protegida como um dos aspectos do direito de propriedade e de outros direitos reais, como também é protegida como direito autônomo.

A posse protegida como aspecto do direito de propriedade é chamada de *jus possidendi*, e a posse protegida como direito autônomo é chamada de *jus possessionis*. Esta distinção é importante, pois tem como consequência a possibilidade de propositura de ações diversas para a proteção da posse.

A proteção da posse como direito autônomo é um mecanismo que muito pode ser utilizado no Judiciário para dar efetividade ao Estado Democrático de Direito. O exercício da posse pode e deve cumprir sua função social, e neste sentido ser protegido de maneira especial.

Muito se discute sobre a natureza jurídica da posse. Alguns autores sustentam que se trata de direito real, afirmando que o rol de direitos reais do CC de 2002 não é taxativo. Outros sustentam que se trata de direito pessoal, em razão de ser taxativo o rol de direitos reais, art. 1212 CC/2002.

Todavia, melhor entendimento é aquele que afirma ser a posse um direito *sui generis*, já que não se enquadra nos direitos pessoais nem nos direitos reais diante de suas peculiaridades.

O Código Civil de 1916 elencava, em seu art. 493, os modos de aquisição da posse.

- I – pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito;*
- II – pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito;*

### *III – por qualquer dos meios de aquisição em geral.”*

Já o Código Civil de 2002 não especifica os modos de aquisição da posse, limitando-se a defini-la:

*“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”*

Vários são os efeitos da posse. Dentre os mais importantes podemos destacar: a usucapião; a indenização por benfeitorias realizadas na coisa; a percepção dos frutos decorrentes do exercício da posse; a responsabilização daquele que exerce a posse pela perda ou deterioração da coisa; a proteção possessória, com a possibilidade de manejar os interditos.

A proteção que se confere ao possuidor, se não é o maior, está entre os mais importantes dos efeitos da posse.

A proteção da posse pode ser dar por legítima defesa ou pelo desforço pessoal, que são modalidades de autotutela, e tal direito está previsto no art. 1210, § 1º, do Código Civil:

*“Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.*

*§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.*

*§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”*

A outra maneira de se proteger a posse é através da propositura de ações possessórias, quais sejam, de manutenção, reintegração e interdito proibitório.

Em todos os casos de manejo das ações possessórias, exige-se, por óbvio, a condição de possuidor, ainda que não proprietário, já que a posse se defende por si só.

Neste sentido é claro o art. 926 do CPC: “*O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.*”

Deve ser ressaltado que, se não existir a condição de possuidor, não haverá possibilidade de propositura dos interditos, sendo a via adequada para a recuperação da posse a via petítória.

Deve figurar no polo passivo das ações possessórias o autor da ameaça, turbação ou esbulho à posse, ou o terceiro que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era. É o que dita o art. 1.212 do Código Civil:

*“Art. 1212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.”*

A proteção à posse possibilita não só o manejo das ações possessórias para reaver a posse, como também a cumulação de tal pedido com o de ressarcimento de dos danos causados pela violação da posse.

O Código de Processo Civil é expresso em seu art. 921 quanto à possibilidade de cumulação do pedido de proteção à posse com o de indenização, cominação de pena para o caso de nova agressão à posse, assim como de desfazimento de construção ou plantações realizadas em detrimento da posse.

*“Art. 921. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:*  
*I - condenação em perdas e danos;*  
*II - cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;*  
*III - desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.”*

Outra peculiaridade das ações possessórias é sua natureza dúplice. A exemplo do que acontece com a ação de prestação de contas, ação

demarcatória e com a ação de divisão, a ação possessória permite ao juiz que, independentemente do oferecimento de reconvenção, confira ao réu proteção possessória e indenizatória, se assim for postulado em contestação.

*“Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.”*

A ação possessória é o meio pelo qual se tutela a posse diante de uma ameaça, esbulho ou turbação. Nessa demanda se discute apenas o *ius possessionis*, ou seja, a posse como direito autônomo. A ação petítória é o meio pelo qual se tutela os direitos reais, dentre eles o direito de propriedade, se invocando o *ius possidendi*, posse como efeito do direito real.

O antigo art. 505 do Código Civil de 1916 ditava que:

*“Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, no entanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.”*

Tal possibilidade de se discutir domínio em sede de ação possessória foi definitivamente retirada de nosso ordenamento jurídico com o advento do Código Civil de 2002, em seu art. 1210:

*“Art. 1210, § 2º: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”.*

Tal norma está em total consonância com o disposto no art. 923 do CPC, em sua redação dada pela Lei nº 6.820, de 16.9.1980:

*“Art. 923. Na pendência do processo possessório, é defeso, assim*

*ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.”*

Com estas alterações legislativas verificamos que a propriedade é protegida na medida em que exerce sua função social. Note-se que a função social está inserida no próprio conceito de propriedade, o que se verifica no art. 1.228 do CC/02, em especial nos parágrafos 4º e 5º:

*“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

*§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

*§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.*

*§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.*

*§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

*§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”*

A função social do exercício da posse está prevista em nosso ordenamento jurídico, e foi valorizada de modo especial pelo Código Civil de 2002, ao reduzir os prazos para a aquisição da propriedade pelo exercício prolongado da posse *ad usucapionem*.

Em nosso Estado Democrático de Direito, com vistas ao incremento da justiça social, a proteção à posse como direito autônomo é fundamental para o incremento dos direitos e das garantias fundamentais, constituindo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade mais justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais. ♦

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

**Sabrina Campelo Barbosa Valmont<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

Visíveis as mudanças e evoluções no modelo familiar tradicional, bastando para tanto a leitura do Código Civil de 1916, no qual havia várias discriminações em razão do contexto social da época; e do Código Civil de 2002, que, juntamente com outras alterações legislativas, trouxe à tona um novo conceito de família.

Certo é que as transformações sociais e a incorporação de novos valores afetaram a família brasileira, sendo que a queda desse modelo institucionalizado ocorreu com a Revolução Industrial. Ora, diante da necessidade de mais mão de obra, a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de lado a imagem de provedor do lar. Assim, a família passou a ser dirigida ao marido, mulher e prole, ocorrendo, por consequência, a mudança da sua estrutura.

Com efeito, o núcleo da família passou a ser a relação afetiva, e não mais a patrimonial, passando a ser igualitária, sem diferenciação dos seus membros. Essa transição da família, que passou de unidade econômica para igualitária, mostra sua nova feição fundada no afeto.

A Constituição Federal de 1988 trouxe várias modificações, diante da nova realidade social, alcançando o núcleo familiar, diante da regulamentação de novas concepções de unidade familiar, da instauração da igualdade entre homem e mulher, etc.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 48ª Vara Cível da Capital.

Note-se que a Constituição da República, em oposição ao modelo patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, passou a definir a família com base nos preceitos da igualdade, solidariedade e do respeito à dignidade da pessoa humana. Inovou ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, ao igualar o homem e a mulher na sociedade conjugal e ao vedar diferenças de direitos e de tratamento entre os filhos havidos na constância do casamento ou fora dele, por adoção. Possibilitou, ainda, o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, com o reconhecimento da entidade familiar constituída por pessoas do mesmo sexo, representando, assim, um marco na evolução do conceito de família.

## FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Como cedição, o Código Civil de 1916 possuía uma visão discriminatória com relação à família, já que o homem era o “chefe de família”, sendo a esposa e os filhos hierarquicamente inferiores, devendo obediência ao primeiro. O divórcio não era autorizado, mas apenas a separação, que colocava fim à comunhão de vida, mas não ao vínculo jurídico do casamento. Havia ainda tratamento diferenciado para os filhos nascidos dentro ou fora do casamento, sendo que apenas os filhos legítimos integravam a unidade familiar.

Com a evolução social natural e a mudança dos costumes, houve inúmeras alterações legislativas, cabendo citar duas modificações importantes, como a operada pela Lei 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada, que devolveu à mulher a plena capacidade; bem como pela Lei 6.515/77, Lei do Divórcio, que enterrou a indissolubilidade do casamento.

Outra mudança importante foi o abandono da ideia do homem como chefe da sociedade conjugal, conforme previsão estatuída no art. 233 do Código Civil de 1916 (“*O marido é o chefe da sociedade conjugal...*”), para o princípio da isonomia entre os cônjuges, a teor do disposto no art. 1.511 do Código Civil de 2002 (“*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”).

Dentre outras mudanças de paradigma familiar, pode-se citar o abandono da visão do pátrio poder para o poder familiar, previsto inicialmente no art. 380 do Código Civil de 1916, bem como a extinção da discriminação dos filhos espúrios com o advento do parágrafo 6 do art. 226 da Constituição da República.

Registre-se que o Código Civil de 2002 instituiu a guarda compartilhada, em contrapartida à guarda unilateral, que era prevista no Código Civil de 1916. Destaque-se que na vigência do Código Civil de 1916, a guarda do filho do casal era deferida ao cônjuge inocente, adotando-se, assim, uma visão distorcida da realidade, uma vez que eventual traição de um dos cônjuges não possui qualquer relação com a condição de criar ou não o filho. Havia, na verdade, uma guarda unilateral de privilégio.

Urge frisar que o Juiz pode determinar que a guarda seja compartilhada, ainda que não haja acordo entre os pais, uma vez que é direito subjetivo da criança, seu direito fundamental, de ter o convívio saudável com ambos os genitores. Tal tema é tão importante que foi editada a Lei 12.318/10, que em seu artigo 3 veda a alienação parental, *in verbis*:

*“Art. 3º - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.”*

Certo é que todas essas alterações jurídicas decorreram da mudança social, basicamente em relação às mulheres. Justamente em razão da inserção das mulheres no mercado de trabalho, houve a destruição da força simbólica do marido na qualidade de provedor da família.

Note-se que na Constituição da República de 1946, a família era constituída pelo casamento. Na Constituição da República de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, o casamento tinha a proteção do Estado. Já a Constituição da República de 1988 protege o casamento, a união

estável e a família monoparental. Destaque-se que grande parte da doutrina entende que o elenco previsto no art. 226 da CR/88 é meramente exemplificativo.

No entanto, é preciso atentar para o fato de que a mesma sociedade que defende o direito de igualdade mantém a discriminação nas questões relativas à sexualidade. Infelizmente ainda se dirige aos relacionamentos homoafetivos um tratamento marginal, que aos poucos vai ganhando espaço e inovações na legislação e nos julgamentos dos casos concretos.

É de se verificar que a homoafetividade está amparada pelo princípio da isonomia, que proíbe as discriminações injustas, devendo ser incluída, ainda, entre os direitos da personalidade, como garantia do exercício da liberdade individual. Qualquer ofensa ou discriminação baseada na orientação sexual configura flagrante desrespeito à orientação sexual, como direito personalíssimo.

Convém destacar que meros preconceitos não podem jamais levar à omissão do Estado. Evidentemente que a ausência de leis específicas sobre o tema, ou o conservadorismo do Poder Judiciário não podem levar à negativa de observância de direitos às pessoas do mesmo sexo que mantêm vínculo afetivo.

Justamente em razão desse fundamento, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar, por analogia à união estável, a união entre pessoas do mesmo sexo – as denominadas uniões homoafetivas – no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República, e da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Convém destacar que, em decisão inédita, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça proveu recurso de duas mulheres que requeriam a sua habilitação para o casamento civil, no RESP 1.183.378 - RS. Seguindo o voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, a Turma concluiu que a dignidade da pessoa humana não é aumentada ou diminuída em razão do uso da sexualidade, sendo que a orientação sexual não pode servir de

pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.

Entendeu-se que se a intenção do legislador fosse excluir a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, bastava expressamente prever que apenas homem e mulher podiam casar, o que não ocorreu.

Justificou o Ministro que *“por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ, quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento”*.

Assim, a união homoafetiva é reconhecida hoje como família, sendo que o preconceito não é admissível no atual estágio de desenvolvimento humano, como entendeu em seu voto o Ministro Marco Buzzi.

## CONCLUSÃO

A família é o núcleo da sociedade e a sua evolução leva as regras jurídicas a se adequarem à nova realidade. A família pode ser estruturada sob várias organizações, como o matrimonialismo, a monoparentalidade, a união estável e a união homoafetiva.

A Constituição da República, assim como o atual Código Civil, acompanhou a evolução da sociedade, oferecendo maior consolidação da família, ampliando o conceito de entidade familiar. A ideia é que a constituição de uma família por meio do casamento como sendo a única forma legal de sua constituição já foi abandonada há muito tempo, não sendo mais a única a ser admitida pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, podendo-se concluir que o afeto é o elemento formador da família. ♦

# 10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos e Desacertos

**Silvia Regina Portes Criscuolo<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

O Seminário “Os 10 Anos do Código Civil”, ocorrido nos dias 29 e 30 de março de 2012, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por iniciativa da EMERJ, ESAJ e CEDES, foi extremamente proveitoso para uma reflexão sobre a mudança de paradigmas que, inaugurada pela Constituição Cidadã de 2008, espalhou-se para o Código Civil de 2002, trazendo a principiologia para a base do Direito moderno.

Foram momentos preciosos de uma retrospectiva cautelosa e consciente sobre os caminhos percorridos pela sociedade e pelo Judiciário como instituição indispensável à realização da Justiça.

Lançando luz sobre os novos desafios aos quais cada um de nós, Magistrados é submetido, o seminário enfatizou o papel do Direito, posto como força de transformação da realidade, todavia, destacou que somente quando os rigores da leis são atenuados por valores éticos é que se concretiza o ideal de Justiça.

Foram, portanto, momentos ricos em troca de experiências e interação, fundamentais para uma atuação consciente de cada um de nós Magistrados.

## LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Abrindo os trabalhos, o Professor Sylvio Capanema de Souza, com seu brilhantismo usual, conduziu-nos em uma reflexão histórica a partir do surgimento do Estado Social.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito do XX Juizado Especial Cível - Capital.

Lembrou-nos que, tanto o Estado Social, assim como seu antecessor Estado Liberal clássico, são modelos de Estados de Direito, sendo que o Estado Social surge a partir da introdução de direitos sociais e trabalhistas nos textos constitucionais.

Essa evolução legislativa que introduziu direitos sociais e trabalhistas nos textos constitucionais, por sua vez, deita raízes nas transformações sociais advindas da Revolução Industrial que, a seu modo, através da pressão das massas e de suas reivindicações, acabou por coagir o Estado a uma mudança de paradigmas. O Estado Social, desse modo, é um avanço do Estado Capitalista Liberal que, para continuar existindo, viu-se forçado a incorporar em seus textos fundantes as questões sociais demarcadas pela necessidade de garantias à pessoa humana e aos direitos dos trabalhadores.

Três experiências políticas demarcaram a reflexão sobre os direitos sociais: a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha no Pós-Primeira Guerra Mundial e a Revolução Mexicana de 1917. Dessas três experiências políticas surgem três documentos fundamentais: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária (socialista), de 1918; a Constituição de Weimar de 1919 (um ícone social-democrático); a Constituição Mexicana de 1917 que definem, constitucionalmente, os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, **sob a proteção do Estado**.

É no Estado Social, portanto, a partir da década de 30, que são construídas as bases do *garantismo social*, ou seja, o Estado passa a ser o provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas. Nesse contexto, o Estado de Direito age como *produtor jurídico* a fim de melhor organizar e defender o próprio sistema capitalista, afina; o capitalismo necessita de trabalho livre (pois sem salário não há consumo) e essa modalidade de trabalho e de produção precisa de respaldo jurídico para não haver retrocessos.

De todo esse mergulho histórico, extrai-se a tentativa do Estado de promover a igualdade real entre seus cidadãos. Evolui-se, assim, do Estado Social para o Estado Democrático com a participação das massas através do sufrágio universal na vontade da nação.

Apoiada nesse conceito social e democrático, acompanhando a evo-

lução da sociedade, surge, em 1988, no Brasil, a Constituição Cidadã. Uma constituição principiológica que deixa para trás o conceito de mera carta política em seu sentido formal e avança para a valorização de princípios como valores inspiradores da República e do ideário nacional. Introduzem-se no texto constitucional valores tidos como fundamentais para a regência de toda a vida na sociedade brasileira.

Como fundamento da República, como alicerce do nosso Estado de Direito, a Carta Política de 1988 introduz o valor maior da preservação da dignidade humana. No artigo 3º, faz alusão à solidariedade social como valor fundamental e prossegue dignificando o trabalho e a liberdade. Vê-se, pois, que sob a égide da Carta Magna de 1988, inaugura-se um novo tempo que vem com ares e à busca de uma igualdade real, lastreada na garantia dos direitos fundamentais.

Como critérios de preservação do ideário desses novos tempos, princípios são adotados para a compreensão e regência da vida social. Nessa esteira, passa-se a se interpretar e se compreender a nova ordem à luz dos princípios: da unidade da Constituição (- a Constituição é um bloco monolítico, suas normas não podem ser pinçadas e aplicadas isoladamente -); da harmonização ou concordância prática (- diante de aparente conflito entre normas, o caminho é o da harmonização entre as normas de modo a preservar a ambas -); da eficácia integrativa (- a Constituição tem força normativa, desbordando-se de seus limites formais, dando ares a toda a legislação -); da interpretação conforme a Constituição (- as leis infraconstitucionais hão de ser interpretadas conforme os ideais de solidariedade social -) e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que suportam todo o arcabouço social.

A partir da Constituição de 1988, portanto, o que se observa é o esgarçamento, ou erosão, da dicotomia entre o direito público e o direito privado como ramos estanques do direito. Supera-se o princípio da utilidade preponderante (- regras úteis para o Estado e regras úteis para o cidadão em campos distintos -) e passa-se a entender o Direito Constitucional não mais como alicerce, apenas, do Direito Público como era até então, mas como alicerce de todo o arcabouço jurídico, pincelando com seus princípios e valores todos os ramos do Direito.

Com a erosão dos filtros, a divisão entre os ramos do Direito passou a ser uma linha tênue. Percebe-se, a partir da Constituição de 1988, o nascimento do fenômeno conhecido como publicização do Direito Privado. Surgem no horizonte os primeiros sinais de vida do chamado Direito Civil Constitucional, um direito Civil animado por valores fundamentais.

A denominação Direito Civil Constitucional, há 20 anos, poderia soar como antinomia intransponível; hoje, porém, a denominação é natural. O Direito Civil Constitucional é a releitura, à luz do Direito Constitucional, do Direito Civil. Não é uma invasão do Direito Constitucional no Direito Civil porque não há invasão, mas integração simbiótica em benefício da sociedade e do Estado lastreada em valores éticos, antes de serem jurídicos.

É nesse cenário embrionário de publicização do Direito Privado que surge, em 2002, o Novo Código Civil que tem defeitos sim, como toda obra humana, mas tem virtudes que suplantam suas limitações e equívocos. A maior virtude do Novo Código foi a recepção de princípios constitucionais como a função social do Direito como ferramenta para uma sociedade mais justa; como a efetividade, a eticidade, a socialidade e operacionalidade como meios de construção de um código que estanque morosidade, com um direito que se preocupa com a efetividade da solução jurídica proposta, ou seja, com a necessidade de um direito que realize a justiça concreta e, por fim, a boa-fé objetiva.

Para implementar esses valores, o Código Civil precisou mudar até mesmo a técnica legislativa, porque antes não havia espaço para o Juiz. Se a Justiça no caso concreto era uma necessidade entendida como concretização da solução justa, havia que se dar a esse Juiz maior espaço para calibrar a adequada solução para o caso concreto. Assim, o Código Civil de 2002 adota, na perseguição por essa Justiça concreta, um sistema de cláusulas abertas que permite que o Juiz preencha a norma com valores e princípios constitucionais fundamentais.

Críticos chegaram a pensar que se instalaria a ditadura do Judiciário, mas, passados 10 anos de vigência do Código Civil, percebe-se que esse receio não se concretizou e que a atuação da magistratura se mostrou consciente e afinada com os novos paradigmas sociais.

A mudança dos paradigmas sociais está presente em vários livros do Código Civil. Ao tratar dos Direitos da Personalidade, por exemplo, cria-se a tutela preventiva desses direitos, passa a se ter em texto escrito a afirmação incontestável de que os direitos da personalidade são direitos absolutos, intransponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e, em sua proteção, cria-se uma carapaça intransponível de proteção à personalidade humana. Cria-se, na legislação infraconstitucional, a figura do consentimento informado nas relações médicas de modo a impor aos médicos o dever de informar ao paciente a extensão do mal que o acomete e os tratamentos propostos, tudo embalado pelo valor maior de preservação da dignidade da pessoa humana.

Os sopros dos novos tempos estão presentes, ainda, no art. 187 do Código Civil que introduz a ideia de que o abuso de direito é um ato ilícito na medida em que viola um dever jurídico preexistente, o da boa-fé objetiva.

O parágrafo 4º do artigo 1228 exemplifica a técnica de adoção de cláusulas abertas. Ao tratar da “desapropriação judicial” que é aquela na qual o proprietário de extensa área pode perdê-la se, durante mais de 5 anos, um considerável número de pessoas a possuir ininterruptamente com boa-fé, realizando na área obras e serviços considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante.

As cláusulas abertas, ou seja, aquelas que terão o seu conceito preenchido pelo Juiz no caso concreto, estão nas expressões “extensa área”; “considerável número de pessoas”; “obras e serviços” e “interesse relevante”.

No mesmo sentido, o parágrafo 5º do mesmo artigo indica que o Juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Novamente, é o Juiz da causa que definirá em valores o que seja a quantia justa pelo terreno ocupado.

A autonomia da vontade que era quase absoluta, no Código Civil de 2002, no livro que trata dos Direitos das Obrigações, passa a encontrar limites na função social do contrato. Importa dizer que a função social do contrato passa a ser cláusula implícita em todas as avenças de modo que estas só têm efeitos válidos quando expressem cláusulas lastreadas no equilíbrio ético e econômico.

A interpretação dos negócios jurídicos, nos termos do Código Civil, far-se-á segundo os princípios da probidade e da boa-fé, ou seja, o Juiz

tem o dever de se perguntar que objetivos homens honestos perseguiriam naquele negócio jurídico. Tem, portanto, o Magistrado o dever de afastar o lucro que avilta o outro contratante. É a antiga figura do bom pai de família do Direito Romano. É indagar-se o que o contentaria.

No Direito de Família, por exemplo, os novos tempos assentam que o Estado não pode interferir na educação dos filhos, no número de rebentos que um casal porá no mundo, etc. Todas essas posturas encontram eco no respeito ao valor maior da dignidade da pessoa humana.

No Direito das Sucessões, inova-se com a atribuição de direitos ao cônjuge supérstite para concorrer à herança de seu companheiro, dependendo do regime de bens. No mesmo sentido, a família foi alçada à posição de destaque. Adota-se, ainda, uma visão de família baseada não mais nas meras convenções, mas na afetividade. Companheiros passaram a ter direitos civilmente reconhecidos, inclusive de herança, concorrendo com os filhos comuns ou individuais. O reconhecimento da afetividade como fator que caracteriza a família passa a permitir, ainda, o reconhecimento e o acolhimento das uniões homoafetivas, dignificando a pessoa humana em qualquer em toda a sua plenitude, albergando, com igualdade real, o homem em toda a sua desigualdade.

## CONCLUSÃO

Nesses novos tempos de Constituição Cidadã e Novo Código Civil, o Juiz passa a ter uma enorme responsabilidade. Isso porque a lei não muda os comportamentos rapidamente, é na nossa prática diária, conforme fomos permeando nossas decisões com esses novos fundamentos que concretizamos as mudanças na sociedade, mudanças que, certamente, animarão novas mudanças, alimentando o processo evolutivo social.

Nós, Magistrados, não podemos não responder a esse “grito do futuro”. Não podemos nos omitir. Cabe a nós nos comprometermos com a mudança em cada ato que praticamos, inoculando a sociedade brasileira com o frescor desses novos fundamentos.

Sejamos agentes desse difícil processo de mudança! ♦

# **A Visão do Desembargador Sergio Cavalieri Filho Sobre a Responsabilidade Civil nos 10 Anos do Código Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência**

**Simone Dalila Nacif Lopes<sup>1</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho objetiva registrar as opiniões expressas pelo Desembargador Sergio Cavalieri Filho a respeito da disciplina Responsabilidade Civil no Código Civil, decorridos 10 anos de sua vigência, considerada a construção da Doutrina e da Jurisprudência, em palestra ministrada na EMERJ em 30 de março de 2012.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DESDE O CÓDIGO CIVIL DE BEVILÁQUA**

De início, impõe-se demonstrar as características e elementos da responsabilidade civil como premissa lógica do desenvolvimento deste estudo.

A responsabilidade civil é obrigação secundária, que nasce do descumprimento de um dever jurídico originário.

No entanto, para que alguém possa ser compelido a indenizar, faz-se mister verificar a ocorrência dos quatro elementos da responsabilidade

---

<sup>1</sup> Juíza Titular da 1ª Vara de Miracema/RJ.

civil, a saber: o fato, o dano, o nexo de causalidade e a culpa. É a responsabilidade civil subjetiva.

Já na responsabilidade objetiva, não se perquire da ocorrência de culpa, que é o elemento subjetivo. Assim, para se ver ressarcida, a vítima apenas precisará provar o fato, o dano e o nexo de causalidade, estando exonerada de demonstrar a ocorrência do elemento culpa.

O Código Civil de 1916 apresentava uma única cláusula de responsabilidade civil em seu artigo 159, em que a culpa era a grande “vedete”. No sistema da lei revogada, a regra era a responsabilidade civil subjetiva, inexistindo previsão de dever de indenizar sem culpa.

Porém, a prova da culpa era por demais onerosa e, muitas vezes, quase impossível.

Ora, o direito positivo disciplina a sociedade que se modifica e, por isso, também a legislação deve sofrer alterações.

É bem de ver que o século XX descortinou uma revolução tecnológica, científica, industrial, social, econômica e política, com profunda repercussão nos casos apresentados a julgamento, de modo que o sistema da responsabilidade civil calcada na teoria da culpa revelou-se insuficiente para a solução justa.

Nesse passo, a responsabilidade civil sem culpa foi tomando espaço no nosso ordenamento jurídico, mas em legislações extravagantes (por exemplo, a Lei das Estradas de Ferro e a Lei de Acidentes de Trabalho), fora do Código Civil, em que se iniciou a adoção da teoria do risco do empreendimento, do risco administrativo, aproximando-se, em alguns raros casos, da teoria do risco integral.

A Constituição da República de 1946, no artigo 194, previu a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Mas a grande revolução na matéria adveio com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que estabeleceu em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade civil objetiva do Estado, estendendo-a às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Com efeito, dispõe o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respon-

derão, independentemente da ocorrência de culpa, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

É bem de ver que há discordância, na doutrina e na jurisprudência, quanto ao significado da palavra “terceiros” inserida no mencionado dispositivo constitucional.

Entendem alguns que as concessionárias somente responderão objetivamente pelos danos que seus prepostos causarem aos usuários do serviço público. Com relação aos danos causados a todas as outras pessoas, a natureza da responsabilidade civil é subjetiva, exigindo-se que a vítima prove a conduta culposa do causador do dano.

No entanto, esse não é o melhor entendimento, sendo majoritária a tese segundo a qual a norma inserta no artigo 37, § 6º, da Lei Maior define que a responsabilidade civil da concessionária é objetiva pelos danos que seus prepostos causarem a toda e qualquer pessoa, ainda que não seja usuária direta do serviço prestado.

Trata-se de responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo, segundo o qual a pessoa jurídica prestadora de serviço público assume uma atividade arriscada, por natureza, da qual aufere vantagens e, por isso, deve também suportar os ônus que dela decorrem.

Em todo caso, o artigo 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao inserir em seu bojo os princípios da eficiência, adequação e segurança dos serviços públicos, além da continuidade quanto aos essenciais, trouxe a disciplina para o âmbito da Lei 8.078/90.

De sua parte, a Lei 8.078/90, cujas normas são materialmente complementares à Lei Maior, impõe responsabilidade civil objetiva aos fornecedores em razão do fato do serviço e do produto, ampliando sobremaneira o espectro do dever de indenizar independentemente da prova da culpa.

Como se vê, a “**revolução**” da matéria se operou do decorrer do século XX, não tendo o Código Civil de 2002 inovado de maneira transformadora.

Impõe-se, porém, reconhecer que o Código Civil de 2002 foi avançado.

É bem verdade que a cláusula geral da responsabilidade civil subje-

tiva permanece. Muito embora o campo da responsabilidade objetiva seja muito amplo, a responsabilidade com culpa não foi dizimada.

A regulamentação da matéria no Código Civil de 2002 apresenta três cláusulas gerais que deverão nortear o aplicador do direito.

São elas as normas previstas nos artigos 187, 927, parágrafo único, e 931 do mencionado Diploma Legal.

O artigo 187 da Lei Material, adotando a teoria do ato emulativo, equiparou a ato ilícito o abuso do direito.

Nesse ponto, o Desembargador Sergio Cavalieri critica a ligação empregada, na medida em que o ingresso do direito no patrimônio jurídico de uma pessoa comporta dois momentos: o da aquisição e o do exercício.

Na visão do mestre, é inadequado falar em “abuso de direito”, pois o que pode ser abusivo é o exercício do direito.

Vale dizer que, adquirido o direito, seu exercício deve observar limites jurídicos impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Observados esses parâmetros, o titular age no exercício regular do direito.

No entanto, extrapoladas as limitações que o ordenamento jurídico estabelece, o exercício do direito passa a ser abusivo sendo emulativa a conduta e equiparando-se ao ato ilícito, agora por determinação legal.

Por isso, na ótica do Desembargador Sergio Cavalieri Filho, a expressão correta deveria ser “**exercício abusivo do direito**”.

Assevera, ainda, que mesmo não causando dano passível de indenização, o ato emulativo poderá impor a nulidade do negócio jurídico.

A segunda cláusula geral citada pelo palestrante se expressa no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece responsabilidade civil objetiva por danos decorrentes de atividade normalmente desenvolvida que implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Aqui, esse dispositivo deve ser interpretado á luz do disposto no artigo 14, § 4º, do CDC, com o qual forma um sistema integrado.

Com efeito, a palavra-chave do artigo 927, parágrafo único, não é risco, mas “**atividade**” normalmente desenvolvida, com habitualidade, caracterizando a prestação de um serviço.

Ensina o Desembargador Sergio Cavalieri Filho que o risco da atividade se classifica em risco inerente e risco criado.

É inerente o risco sem o qual não seria possível prestar o serviço, de cuja natureza faz parte, distinguindo-se do risco que é adquirido, criado ou incrementado em atividade que não comporta risco em regra.

A responsabilidade civil objetiva regulamentada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, é gerada pelo risco inerente à atividade, já que a responsabilidade pelo dano decorrente do risco criado é de natureza subjetiva.

Tratando-se de um risco permitido, suportado pela sociedade, sua simples existência não gera dever de indenizar. Somente vai se configurar a responsabilidade civil caso ocorra um ato ilícito, em decorrência do princípio da segurança, segundo o qual aquele que exerce atividade de risco deve garantir a segurança do destinatário do serviço.

Então, se, na prestação de serviço naturalmente arriscado, ocorrer um acidente, causando prejuízo, o prestador responderá independentemente de ocorrência de culpa.

Note-se que o Código Civil de 2002 estendeu a teoria do risco criado a outras áreas. Por exemplo, o enunciado 492<sup>2</sup>, da Súmula do STF, declara ser solidária, com o causador do dano a terceiros, a responsabilidade da locadora de veículos, reconhecendo como arriscada a atividade de arrendar automóveis, como salientou o professor Cavalieri.

Por fim, a terceira a última cláusula geral da dogmática da responsabilidade civil no âmbito do Código Civil de 2002 é a norma constante de seu artigo 931.<sup>3</sup>

Ensina o palestrante que o dispositivo legal descreve abstratamente hipótese de fato do produto, fora do alcance da Lei 8.078/90, como, por exemplo, quando uma pessoa jurídica adquire um produto, não como desti-

---

2 STF. Súmula 492. “A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.”

---

3 Art. 931. “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

natária final, mas para incrementar a atividade empresarial que desenvolve.

O dano pode decorrer de um acidente com o produto, por ser ele perigoso ou por ser defeituoso, não oferecendo, nas três hipóteses, a segurança legitimamente esperada.

Exemplifica-se com o acidente aéreo causado por falha no reversor de voo. O vício do produto causou o acidente. Logo, sem embargo da responsabilidade civil objetiva da companhia aérea que é prestadora de serviço de transporte, afigura-se cabível a ação regressiva contra o fabricante da aeronave em razão do vício do produto adquirido e a base legal é a disposição do artigo 931 do Código Civil.

## CONCLUSÃO

Analisando a evolução da dogmática da responsabilidade civil no nosso ordenamento jurídico, constata-se que o campo de incidência da responsabilidade objetiva cresceu, de modo que, na atual sistemática, abrange a maioria das relações jurídicas.

Em consequência, a responsabilidade subjetiva teve sua abrangência reduzida, passando a ser exceção e aplicável nas hipóteses de risco criado ou em que o causador do dano é pessoa física. Ademais, a responsabilidade indireta, por fato de terceiro, foi aniquilada Código Civil vigente, dando lugar à responsabilidade sem culpa.

O professor Sergio Cavalieri afirma que tal é a extensão da aplicação da responsabilidade objetiva, que se superou a dicotomia antes existente entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Hoje, o sistema de responsabilidade civil é complexo, refletindo a multiplicidade de questões que circundam as relações sociais e a evolução técnico-científica alcançada no século XXI. ♦

## REFERÊNCIAS

Anotações da palestra conferida pelo Desembargador Sergio Cavalieri Filho, na EMERJ, em 30/03/2012.

# A Influência da História na Evolução de Alguns Aspectos do Direito de Família

**Simone Lopes da Costa<sup>1</sup>**

No âmbito do Direito de Família, em que pese os fatos sociais se anteciparem às normas jurídicas, houve uma alteração profunda na quase totalidade dos institutos colacionados à matéria. Podemos dizer, sem pecar, que tivemos verdadeira mudança de paradigma tanto na estrutura do casamento quanto na da família.

As mudanças sociais começaram antes mesmo da nova ordem constitucional e se confundem com a evolução dos direitos conferidos à mulher. Se em um primeiro momento a mulher não trabalhava, era dependente do marido, se tornando até mesmo relativamente incapaz em virtude do casamento, as mudanças históricas e sociais alteraram todo relacionamento entre homens e mulheres em decorrência da transformação do papel ocupado pela mulher na sociedade.

Basicamente a história remonta à Revolução Industrial, momento no qual as mulheres ingressaram no mercado de trabalho. Antes, as profissões conferidas à mulher eram restritas, como as de professora, costureira ou cozinheira. E exercer atividade laboral era para poucas, pois era mal visto. Com a industrialização, a mulher passa a integrar o mercado de trabalho, recebendo salário, tendo independência financeira. Já era um presságio da igualdade.

Depois, as mulheres começaram a adentrar nos cursos superiores, caindo por terra o mito da superioridade intelectual dos homens. Como consequência, as mulheres passaram a alçar profissões privativas dos homens. Diante da independência financeira e profissional da mulher, foram

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

sendo alterados os pilares em que se firmavam os ditames do Direito de Família que conferiam ao homem o direito de gerir sozinho a família.

Historicamente, toda a estrutura do casamento foi alterada pela Lei do Divórcio. Antes, a mulher, ao casar, passava a ser considerada relativamente incapaz, e o homem era o chefe da família<sup>2</sup> diante de um vínculo indissolúvel. A chamada Lei do Divórcio correspondeu a verdadeira revolução que traduzia o anseio da sociedade, uma vez que permitia o rompimento do vínculo conjugal. Era a Lei 6.515/77.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, o artigo 226 conferiu à família, base da sociedade, a especial proteção do Estado. Inovou no parágrafo terceiro ao reconhecer a união estável entre homem e mulher e ainda mudava o conceito de unidade familiar para o de pluralidade familiar, reconhecendo como “*entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”<sup>3</sup>. Foi a consequência do divórcio com rompimento do vínculo conjugal. Passou a existir uma nova estrutura familiar, cuja pendência de regramento trazia reflexos que foram sendo dirimidos pela jurisprudência.

Mas não foi só isso. Como a mulher que, com o casamento, passava a ser relativamente incapaz adquiriria a capacidade plena após o rompimento? Se a mulher iria ficar com os filhos, quem iria gerir a nova família, que antes detinha um “chefe”? Foram as perplexidades e consequências advindas da Lei do Divórcio, que foram alteradas pela CRFB. A nova ordem constitucional já estabelecia na sua cláusula pétrea, imutável<sup>4</sup>, “*que todos eram iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

Diante disso, veio o desdobramento do novo princípio orientador do sistema: é eliminada a figura do chefe da sociedade conjugal, cujas atribuições passam a ser exercidas por ambos os cônjuges. É o teor do parágrafo

---

2 *In Código Civil de 1916*, artigo 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe: I – a representação legal da família; II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos artigos 275 e 277.

---

3 *In Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, artigo 226, parágrafo quarto.

---

4 *In Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 5º.

quinto do artigo 226 da CRFB: “*Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*” O Código Civil de 2012 traduziu a norma logo no primeiro artigo que trata do direito pessoal da seguinte maneira: “art. 1511 *O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*”

O conceito de pátrio poder se irradiava também no que tange à criação dos filhos. Se, no Código Civil de 1916, o artigo 380 dispunha:

*“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou no impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercer com exclusividade. Parágrafo único – Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao Juiz para solucionar a divergência.”*

Se antes cabia à mulher acatar a decisão do pai e chefe de família, sendo apenas conferida a possibilidade de recorrer ao Juiz em última instância, com o Código Civil de 2002 houve uma alteração profunda no regramento da matéria, já em conformidade com a nova ordem constitucional, que, ao tempo da publicação e vigência do novo Código Civil, nem era tão nova assim. Lê-se o artigo 1631:

*“Art. 1631 – Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único – Divergindo os pais quanto o exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”*

Desta maneira, após a CRFB de 1988, a mulher passa de colaboradora na instituição do matrimônio e na criação dos filhos à gestora, ao lado do marido.

Ainda sobre o cuidado com a prole, houve alteração substancial nesse período – entre Códigos Cíveis – em relação à guarda, que era apenas e

tão somente unilateral (com sérias e fixas regras de visitação), para a guarda compartilhada, em que os filhos permanecem sob a guarda de ambos os genitores, em que pese a separação ou divórcio do casal.

Importante a alteração contida no artigo 1583 do Código Civil de 2002, uma vez que os filhos passam a poder desfrutar do convívio de ambos os pais. Com a guarda unilateral, em regra, restava inequivocamente prejudicado o convívio com a figura paterna, sobremaneira diante do modelo estreito de visitação que era normalmente implantado.

Com o avanço no campo do Direito de Família, os filhos ganharam o direito fundamental de ter convívio com ambos os genitores, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentado pela Lei 12.318/2010<sup>5</sup>. A partir desta lei, um genitor não poderia denegrir a imagem do outro nem tão pouco restringir ou impossibilitar o convívio.

Destaca-se que a guarda compartilhada poderá advir do acordo dos ex-conjuges, ou ainda fixada pelo juiz, nos termos do artigo 1584 do CC2002. A regra geral já não é mais a guarda unilateral.

A isso se acresce a pluralidade da entidade familiar. A CRFB de 1988 estabelece em seu artigo 226 a possibilidade da família advinda do casamento, a união estável e a monoparental. A moderna doutrina, dentre eles o professor José Maria Leoni, vem sustentando que o elenco do mencionado artigo constitucional é meramente exemplificativo.

As possibilidades de pluralidade familiar são também reconhecidas na jurisprudência, chamadas de família recomposta ou família mosaico, que é constituída por pessoas que já fizeram parte de outra entidade familiar e passam a constituir uma nova. Um bom exemplo da aplicação do conceito extrai-se do julgamento abaixo colacionado:

“REsp 1106637/SPRECURSOESPECIAL2008/0260892-8  
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA  
TURMA. Data do Julgamento 01/06/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2010.

---

<sup>5</sup> Art. 3º da Lei 12.318/2010 – “A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.”

**Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.**

- O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

- O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), **em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade**, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (**Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735).

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. **Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.**

... *omissis*...

- O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

- **Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas** –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, **a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.**

- ... *omissis...*” Grifei

O CC de 2002, de modo tímido, no artigo 1588 trata da família recomposta ou mosaico quando estabelece: *“O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhes poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”*.

De todo narrado, conclui-se que o Direito de Família vem se alterando em decorrência das mudanças sociais. Antes, o panorama era apenas do casamento entre homem e mulher em que o homem figurava soberano; hoje, em pouco mais de cem anos, após temos uma diversidade de famílias possíveis, em que se prega o sentimento de afeto, respeito e cuidado de uns com os outros, é certo que qualquer estrutura, fática ou de direito, tende ao reconhecimento estatal. E, com esse reconhecimento que decorre do fato social, temos o avanço no Direito de Família.

Sem medo de errar, está por vir, de modo legal, o reconhecimento da possibilidade da aplicação dos ditames da união estável à sociedade socioafetiva, o que não será nenhuma surpresa diante dos recentes julgamentos dos Tribunais Superiores. Para concluir, indicando os ventos das próximas

mudanças, cito esclarecedor trecho da ementa do julgado relatado pelo eminente Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) no Processo REsp 932653 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0055656-0, em julgamento em agosto de 2011:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90.

**- A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos.**

- No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, “c” do referido Estatuto.

- Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vêm reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, **pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher.**

- Acrescento, ainda, que a mais recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, **o que revela não haver mais espaço para renegar os**

**direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal.” grifei**

Sem sombra de dúvidas, após o regramento conferindo reconhecimento englobando direitos e deveres entre os homossexuais, teremos novos entendimentos acerca das regras destes para com seus filhos, seja por adoção, seja oriundo de relacionamento anterior, seja proveniente de barriga de aluguel, bem como em relação às famílias recompostas destes. ♦

## REFERÊNCIAS

Palestra do Professor JOSÉ MARIA LEONI LOPES DA OLIVEIRA proferida no dia 30/03/2012 no auditório da EMERJ.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

**Código Civil Brasileiro.**

# Influência da Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil de 2002

Suzane Viana Macedo<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Nosso novo Código Civil de 2002, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, apresenta princípios norteadores em atenção ao Estado Social como a eticidade, socialidade e economicidade. Muito embora não possa ser referido como uma nova Constituição dos Direitos Privados, o CC/02 apresentou o relevante papel de transformar a boa-fé em regra de conduta: princípio presente em nosso CC/02 no Direito de Família, Sucessões, entre tantos outros, encontra, porém, seu leito natural nas relações obrigacionais.

Temos que ter real intenção de agir corretamente, eticamente, com probidade, de forma a se conseguir um mínimo de equilíbrio e justiça.

E é justamente para se obter tal equilíbrio e justiça que verificamos no Código Civil, seja na Parte Geral, no Direito Obrigacional, de Família, de Propriedade, de Sucessões, entre outros, a influência da legalidade e eficácia constitucional.

## NA PARTE GERAL

A grande novidade na Parte Geral, para a qual o Professor chama a atenção, veementemente, está no Capítulo II, que tem o seguinte título:

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular do Juizado Especial Cível de Macaé.

“Dos Direitos da Personalidade”. Trata-se de Capítulo absolutamente novo e muita coisa vai modificar em consequência deste novo Capítulo.

O Código Civil de 1916 só fala da personalidade quando trata de seu início e de seu fim (a personalidade inicia com nascimento com vida e finda com a morte). Mas ele não alude aos chamados “Direitos da Personalidade”, porque em 1916 isso não era conhecido.

Entendia-se que a personalidade é um objeto do direito, e não o próprio direito. Então, não se falava em Direitos da Personalidade, daí o silêncio do Código de 1916.

Agora, não. O novo Código dedica todo o Capítulo segundo aos Direitos da Personalidade, que são direitos inerentes à dignidade humana, que são aqueles direitos personalíssimos, também chamados direitos humanos, que conferem ao homem toda a sua dignidade. Por exemplo, os direitos que dizem respeito à integridade física do homem, o direito à vida, o direito ao corpo; direitos que dizem respeito à integridade moral do homem, tais como o nome, a honra, a imagem, a privacidade, o pudor; direitos que dizem respeito à integridade intelectual do homem, direitos de autor. Esses direitos foram crescendo a partir da terceira década do Século XX e hoje se tornaram preocupação maior do Estado Moderno. Tanto que eles foram se alinhar na Constituição. Quer dizer, o Código Civil demorou tanto que houve uma migração desses direitos para a sede constitucional. Assim, o Código já saiu defasado, porque quase tudo que está aqui estabelecido já está na Constituição como cláusula pétrea. O direito à vida, à honra, ao nome, à inviolabilidade da vida privada, estão todos no artigo 5º da Constituição, quando a sede natural seria o Código Civil.

Mas o art. 187 é ainda mais inovador. O Código de 1916 é silente quanto à ilicitude do abuso de direito. Ele não faz a menor referência ao abuso de direito, à chamada “Teoria dos Atos Emulativos”. A doutrina se degladiava para saber se o abuso de direito é ato ilícito ou não é ato ilícito. O novo Código dispõe no art. 187: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Alguns entendem que a expressão é incoerente, porque se é direito, o

seu titular pode exercê-lo e não há abuso. Não se poderia abusar de um direito. Em suma, é uma instigante discussão doutrinária, a questão do abuso de direito, exatamente porque o Código de 1916 é silente quanto a isto.

## NO DIREITO OBRIGACIONAL

O princípio da boa-fé inspira e norteia todo o direito privado, e, de forma particular, as obrigações.

Incluído, portanto, nos princípios fundamentais dos contratos, como se fosse síntese dos demais contratos: autonomia da vontade, relatividade, economicidade, consensualidade e o “super princípio” boa-fé como seu alicerce ético. Posta assim a questão, é de se dizer que nosso Código Civil, acertadamente, legitima a boa-fé como norma que condiciona toda experiência jurídica, princípio norteador de nossa sociedade, oxigênio do Direito.

O CC/02, ao abrir o Livro dos Contratos diz no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Em relação aos negócios jurídicos, o artigo 113 estatui: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O artigo 478, que dispõe sobre resolução dos contratos por onerosidade excessiva, incluindo a lesão, o dolo de aproveitamento que é a falta total de boa-fé, mostra de forma clara que a boa-fé não se situa unicamente no campo da intenção, mas é um agir, é uma conduta, é um dever.

Vale ratificar que a maior contribuição de nosso CC/02, sem dúvida alguma, foi a reconquista da boa-fé, a tão importante e necessária transformação da boa-fé subjetiva em boa-fé objetiva.

A consequência prática do princípio da boa-fé é a maior segurança ao julgador e ao sistema. A boa-fé atua como forma de definição do contrato, bem como forma de definição dos contratantes. Esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais. O contrato, obrigatoriamente,

deve conter uma equação econômica equilibrada, harmonizando a um só tempo a autonomia privada e a solidariedade social. Não se admitirá que o enriquecimento de um leve o outro à ruína. Os contratos necessariamente têm que construir a paz social. Os contratantes, portanto, deverão agir com boa-fé, o que torna o judiciário mais fortalecido, em virtude de ser cada vez menos o juiz a boca da lei, mas sim um juiz moderno, equilibrador ético das relações contratuais, que deverá, corajosa e prudentemente, analisar a boa-fé como *conditio sine qua non* para a realização da sempre ansiada justiça social.

Ademais, não podemos esquecer da função social dos contratos. O art. 421 do CC dispõe que a autonomia, a liberdade de contratar, será exercida nos limites da função social dos contratos. Ou seja, há agora uma referência expressa à função social dos contratos.

A função social e a boa-fé passam a ser cláusulas gerais dos contratos, consideradas implícitas a todos os contratos. E isto permitirá ao juiz modificar os contratos. O juiz será o grande equilibrador ético dos contratos e não mero espectador. Será o seu fiscal. Aliás, é esta uma tendência adotada no Código Alemão. Regras implícitas que não precisam ser reproduzidas.

Há um dispositivo expresso no artigo 2.035, parágrafo único, inserido nas Disposições Finais e Transitórias, que diz que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar as funções sociais da propriedade e dos contratos. Quer dizer, há uma preocupação com a função social da propriedade e dos contratos. Então, há uma transformação socializante do Direito nesse novo Código.

## NO DIREITO DE PROPRIEDADE

O novo Código mudou muito o direito de propriedade. O § 1º do art. 1228 dispõe que: “*o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*”. Este § 1º significa uma brutal restrição ao direito de propriedade.

O § 2º diz uma coisa surpreendente, ou seja, se você usa a sua propriedade, pratica um ato qualquer, sem utilidade econômica, só para prejudicar o seu vizinho ou um terceiro, isto é proibido e o juiz poderá desconstituir este ato.

O § 4º criou um novo modo de expropriação. Não se trata de desapropriação, mas sim de novo modo de expropriação. Mas o legislador não definiu o que vem a ser “*extensa área*”, nem “*um considerável número de pessoas*”. Neste parágrafo aparece de novo a boa-fé. Não se trata aqui de ocupação pelo MST, pois os “sem-terra” invadem a propriedade. É o caso, por exemplo, de 100 pessoas que ocupam um terreno de boa-fé, fazem obras; no final de 5 anos, essas pessoas poderão reivindicar o imóvel. O juiz mandará avaliar e haverá indenização. Não é desapropriação porque é feita entre particulares. Não é usucapião porque não é gratuito. É hipótese nova. É situação intermediária entre a desapropriação e o usucapião. Refere-se aos posseiros de boa-fé. Chama-se “expropriação social”. E o juiz não pode se opor, porque é função social.

## NO DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo o Professor, a influência da legalidade constitucional no Código Civil se verifica nos seguintes casos: na igualdade jurídica entre marido e mulher; o pátrio poder passa a ser exercido em conjunto pelos pais e não somente pelo pai como ocorria na vigência do CC/16; nas questões de guarda e visitação a preocupação do juiz está voltada para os interesses do menor e a não interferência do Estado na instituição família.

## NO DIREITO DAS SUCESSÕES

O Código Civil de 2002 trouxe grandes modificações para o direito brasileiro, sendo uma das principais a matéria de direito sucessório, pois, entre as muitas mudanças, expandiu o direito sucessório do cônjuge supérstite.

No Código Civil de 1916, primeiramente eram chamados à sucessão

os descendentes, na sua falta, os ascendentes e, na, sequência, o cônjuge sobrevivente. Logo, o cônjuge superstite estava em terceiro lugar, pois apenas era chamado na falta de descendente e ascendente e desde que não estivesse separado ou divorciado com sentença de trânsito em julgado. A separação de fato não bastava para que o cônjuge fosse excluído da sucessão.

Como o cônjuge não era herdeiro necessário podia ser afastado por completo da sucessão pela via testamentária.

Assim, sendo o caso da separação absoluta de bens, o cônjuge, quando viúvo, poderia ficar em pleno desamparo, em especial a mulher, motivo pelo qual, em 1962, se deu a edição da Lei 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada, de caráter eminentemente protetivo, instituindo o usufruto e o direito real de habitação, direitos reais temporários, pois eram postos a termo com a morte ou com novo casamento ou união estável.

Assim, era apenas nos casos de falta dos descendentes e ascendentes que o cônjuge era chamado; logo, na maioria das vezes, não fazia jus à herança, restando-lhe apenas as prerrogativas do direito real de habitação na residência única da família e, se casado no regime da comunhão universal de bens, ou se casado sobre outro regime de bens que não a comunhão universal, tinha direito de usufruto sobre a metade ou quarta parte da herança, conforme tivesse filhos ou não com o autor da herança.

O Novo Código incluiu o cônjuge dentre os herdeiros necessários (independente do regime de bens adotado), logo, com direito à legítima, ou seja, aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade da herança; além disso, o cônjuge possui algumas outras vantagens sobre os descendentes e ascendentes em certos casos.

## CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002 surge não como papel revolucionário, mas sim como um estabilizador das relações jurídicas. Dedicou-se, essencialmente, às disciplinas e assuntos já consolidados, de maneira que obteve um maior avanço somente em relação a alguns setores que se encontravam defasados. ♦

# Da Família Moderna

**Vania Mara Nascimento Gonçalves<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

O Direito de Família é o que mais evolui no tempo. Importantes mudanças ocorreram nos princípios e conceitos referentes ao direito de família desde a promulgação do Código Civil de 1916 até os dias de hoje. No decorrer dos tempos, doutrina e jurisprudência construíram um novo Direito de Família, que repercutiu na Constituição Federal, nas leis extravagantes e culminou no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 foi promulgado sob influência do Direito Canônico; como exemplo, os impedimentos matrimoniais, a celebração do casamento, os efeitos jurídicos do casamento, sua invalidade, gestões que foram idealizadas pela igreja e pelo direito português. O Código Civil foi constituído por normas imperativas, com regras de convivência impostas, sendo o casamento sua pedra fundamental, sob o comando do marido.

O Código Civil de 2002 uniu a nova concepção do Direito de Família, trazendo uma nova compreensão da família, mais coerente com os nossos dias, seguindo o já determinado pela Constituição Federal, que estabelece a igualdade entre os cônjuges e os companheiros, a igualdade entre os filhos e que também instituiu o poder familiar – poder-dever com igualdade de ambos os progenitores, estendendo o conceito de família e abrangendo a união estável.

## A FAMÍLIA – ORIGEM E EVOLUÇÃO

Nos primórdios das civilizações, em seu estado primitivo, o grupo

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Teresópolis.

familiar se assentava em relações entre os membros de uma mesma tribo, e, em alguns povos, as relações não eram individuais, isto é, as relações sexuais ocorriam entre todos os membros da tribo (endogamia).

A evolução jurídica da família deu-se a partir de Roma. O Direito Romano deu-lhe estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe.

O esteio da família no Direito Romano e Grego, por grande período da Antiguidade e da Idade Média, não era pautado no afeto natural. A religião foi o principal elemento constitutivo da família antiga; a família era mais associação religiosa do que associação natural.

A união se dava pela religião do lar e o culto dos antepassados. Este dirigido pelo pater, em que se cultuavam os antepassados, a quem se oferecia oferendas. Por largo período de tempo na Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados.

A família romana assentava-se no poder incontestável que o *pater familias* (pai) exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos, poder absoluto de vida e de morte. Os filhos não se emancipavam, e a mulher jamais ascendia à posição de *pater familias*, mesmo que às vezes adquirissem a condição de *sui juris* (livre)

Em um segundo momento, a família foi erigida como um núcleo econômico e de reprodução. Na fase pré-industrial, o papel da família consistia no exercício de atividade produtiva, em que a casa, onde existia pequena oficina, era o centro da produção doméstica.

Essa situação reverteu-se somente com a Revolução Industrial. Com a industrialização, a família perde sua característica de centro de produção, perdendo seu papel econômico.

A estrutura unitária da família, fundada na autoridade do pai, com tais características políticas, econômicas e religiosas, ainda é em parte conservada em algumas legislações, mas sem a conotação do direito romano, visto que, sob a influência da Escola do Direito natural, seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram combatidas, proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de privá-la de qualquer função política. Desse modo, negou-se, também o caráter religioso do matrimônio.

nio e pugnou-se pelo enfraquecimento da autoridade paterna.

Assim, surge um novo modelo de família, baseada em valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca.

## A FAMÍLIA MODERNA

A família moderna difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel dos pais e dos filhos. A família se volta mais aos vínculos afetivos, baseia-se na afetividade, na igualdade, na fraternidade, no companheirismo, no amor.

A escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades dos filhos, que eram de responsabilidade dos pais; os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares; a educação cabe ao Estado ou instituições privadas por ele supervisionadas; a religião não é mais ministrada em casa.

Atualmente, o número de nascimento de filhos diminuiu, a mulher lança-se ao mercado de trabalho, modificando o papel da mulher, com sensíveis efeitos no meio familiar.

Em grande parte das legislações existe a igualdade de direitos entre o marido e a mulher e a igualdade entre os filhos.

Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões fazem aumentar o número de divórcios.

Por outro lado, as uniões livres passam a ser aceitas pela sociedade e são regulamentadas. A unidade familiar, tanto pelo aspecto social quanto pelo jurídico, não é pautada exclusivamente pelo casamento.

Nesse quadro, novos conceitos estão a incitar o legislador e o jurista com premissas diversas das do início do século passado, quando da promulgação do CC de 1916, o que, decerto, ainda acarretará modificações na estrutura do CC novo, como, por exemplo, a regularização da inseminação artificial.

## CONCEITO – RELAÇÕES JURÍDICAS PESSOAIS

O Direito de Família, em síntese, estuda as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, dos filhos e das relações destes com os pais, da proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela.

Beviláqua definiu o Direito de Família como “complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela”.<sup>2</sup>

Observe-se que neste conceito há que se incluir atualmente a união estável.

O CC não define a família. Em uma definição mais ampla, a família é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar (parentesco, às quais se juntam os afins). Nesse sentido, abrange os ascendentes, descendentes e colaterais. Em uma definição restrita, família compreende somente o núcleo formado por pais ou pai, e filhos que vivem sob o poder familiar. Em um conceito sociológico, família é o conjunto de pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular, como por exemplo, o art. 1412, § 2º do Código Civil.<sup>3</sup>

## NATUREZA JURÍDICA

Os doutrinadores, em sua maioria, entendem que a família tem a natureza jurídica de instituição – coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. As instituições jurídicas são um universo de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e de-

---

2 BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 5ª ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937, p. 06.

---

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

veres de determinado fenômeno ou esfera social.<sup>4</sup>

Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade.

Nesse sentido, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos, da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos.

## CARACTERÍSTICAS

A família tem características peculiares. É um núcleo biológico, ou seja, um agrupamento natural da qual o homem nasce e se desenvolve; traz em si um fator psicológico, ou seja, um elemento espiritual que é a fraternidade e o amor familiar e possui, ainda, um fator econômico, pois existem os direitos e deveres patrimoniais entre seus membros, a mútua assistência, o direito aos alimentos e, com o casamento, cria-se o regime matrimonial de bens.

O Direito de Família também possui características peculiares, eis que integrado pelo conjunto de normas – constitucionais e infraconstitucionais – que regulam as relações jurídicas familiares, baseado em elevados interesses morais e de bem-estar social; portanto, tem um cunho social e ético acentuado.

Em razão de sua importância social, o Direito de Família constitui-se de normas de cunho imperativo, normas de ordem pública (não podem ser afastadas pela vontade particular), sem, no entanto, constituir um direito público, como pensam alguns doutrinadores. Eis que as normas de ordem pública no direito privado têm por finalidade limitar a autonomia de vontade e possibilitar que as partes disponham sobre suas próprias normas nas relações jurídicas.<sup>5</sup>

Por outro lado, o Direito de Família também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordos entre cônjuges na separação a respeito de seu patrimônio, visita e guarda dos filhos.

---

4 Cf. Venosa, *op. cit.*, p. 22.

5 Cf. Venosa, *op. cit.*, p. 24.

De fato, as normas do Direito de Família regulam, em sua maioria, relações jurídicas entre os indivíduos, tutelam interesses individuais, direitos individuais; fundamenta-se na autonomia dos indivíduos, havendo a intervenção do Estado em caráter excepcional para assegurar e fiscalizar a família.

## PRINCÍPIOS

Temos alguns princípios no Código Civil oriundos da Constituição Federal que são: proteção a todas as espécies de família (oriunda do casamento ou da união estável) (art. 226 CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento (§§ 3º e 4º do art. 226); igualdade entre os cônjuges e companheiros (§ 5º art. 226 e art. 5º caput e inciso I); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (§ 6º art. 226); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (§ 5º); liberdade no planejamento familiar; assistência do estado à família (§8º); igualdade entre os filhos (§ 6º art. 227); respeito recíproco entre pais e filhos (art. 229).

O novo Código Civil informa que a família baseia-se nos ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo, reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores e princípios da proteção da pessoa humana.

## O DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Como já dito, o Direito de Família é o que mais evoluiu no tempo. Inicialmente, o Direito de Família vinha regulado exclusivamente pelo Código Civil de 1916, tendo sido derogado parcialmente por várias leis complementares e princípios constitucionais.

No CC16 o marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal e os filhos submetiam-se à autoridade paterna (pátrio poder). Manteve a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis deminutio*, incapacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.

O novo Código Civil incorporou os princípios basilares da Constituição Federal, inovando em outros (supracitados).

Leis posteriores derrogaram em parte o CC16: a Lei 4.121/62 – Estatuto da Mulher casada, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, trouxe a igualdade entre os cônjuges; no entanto, a organização familiar não deixou de ser preponderantemente patriarcal; e a Emenda Constitucional que instituiu o divórcio, entre outras.

## CONCLUSÃO

Adveio o novo Código Civil, regulando o Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais, incorporando normas da legislação especial, tais como as Leis 6.515/77, 8.069/90, 8.560/92, 8.971/94, 9.278/96, entre outras.

O Código Civil de 2002 fornece uma nova compreensão da família adaptada ao novo século, com a igualdade dos familiares, dos filhos, adotando o poder familiar, ou seja, aquele que é exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores.

No entanto, ainda há modificações a serem feitas, no tocante, principalmente, ao desenvolvimento biogenético, à fecundação artificial, à clonagem de seres humanos e de células, à barriga substituta, às cirurgias de mudança de sexo, aos relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo. ♦

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 5ª ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937, p. 06.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

# Cláusulas Gerais no Código Civil de 2002: Boa-Fé Objetiva, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Função Social do Contrato

Veleda Suzete Saldanha Carvalho<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Além dos princípios contratuais tradicionais, como autonomia da vontade, liberdade contratual, relativismo contratual e boa-fé subjetiva, hodiernamente, no modelo contratual, hão de ser observados outros princípios, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico-financeiro e a função social do contrato.

Qual é o influxo da moral sobre o direito? As decisões judiciais são tomadas com base apenas na lei ou também na moral?

Deve haver diferença entre a sucessão de cônjuges e a de companheiros?

Quais são os limites da propriedade privada?

Pode a posse prevalecer sobre a propriedade?

O direito à moradia pode prevalecer sobre o interesse público numa desapropriação? O possuidor tem direito de receber indenização? Ou só o proprietário?

Até que ponto a propriedade pode ser restringida pelo interesse pú-

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito em exercício na 34ª Vara Cível - Capital.

blico? A municipalidade pode restringir a destinação a ser dada a uma construção, mesmo que haja várias opções naquela região? Por exemplo, numa região em que há muitas residências em prédios de construção antiga, sem garagem, e muitos estabelecimentos comerciais, pode a municipalidade restringir a licença a determinados locais apenas para que se construa edifício garagem?

São muitas as indagações, e obviamente não há consenso nem na doutrina nem na jurisprudência.

## DESENVOLVIMENTO

O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, não mais é uma simples exortação moral, a boa-fé subjetiva, vale dizer, se tinha ou não conhecimento sobre determinada situação. A boa-fé objetiva trouxe deveres anexos, como os de informação, de cooperação, de cuidado. Ela exerce três funções: integrativa (fonte de direitos e de deveres jurídicos), interpretativa (como regra de interpretação) e limitadora (impõe limite ao exercício de direitos subjetivos). Prevista no artigo 422 do Código Civil, a boa-fé já tinha assento positivo nos artigos 4º, III, e 51, IV, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Releva destacar que, não obstante o artigo 422 do Código Civil faça referência à boa-fé na conclusão e na execução do contrato, não há óbice a que o julgador faça incidir tal princípio nas fases pré e pós-contratual. Ao revés, isso é o esperado pelo ordenamento jurídico, na medida em que não se admite o abuso do direito e diante das demais cláusulas gerais contratuais.

Interessante o julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que, aplicando o princípio da boa-fé objetiva, decidiu que, num contrato de locação de automóveis no qual, findo o prazo, alguns dos veículos foram restituídos e outros não, prosseguindo-se na emissão de cobrança pelos que permaneceram, segundo os valores contratuais, não seria possível, posteriormente, a cobrança da diferença entre o valor contratual e o valor “de balcão”, sob a alegação de que o contrato estava extinto. Há que se observar

a legítima expectativa criada no locatário. Colaciono o acórdão:

“Direito civil. **Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não terá interesse na renovação do contrato, meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva.** Honorários advocatícios. Julgamento de improcedência do pedido. Aplicação da regra do art. 20, § 4º, do CPC. Inaplicabilidade do § 3º desse mesmo dispositivo legal. Precedentes.

- A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/02 (art. 575 do CC/02) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/16 (art. 573 do CC/02). Ela objetiva, em vez disso, a: (i) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/16 - art. 574 do CC/02; (ii) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode se considerar também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional.

- Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido.

- O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; "surrectio"; 'suppressio').

- O instituto da 'suppressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.

- Nas hipóteses de improcedência do pedido, os honorários advocatícios devem ser fixados com fundamento no art. 20, § 4º do CPC, sendo inaplicável o respectivo §3º. Aplicando-se essa norma à hipótese dos autos, constata-se a necessidade de redução dos honorários estabelecidos pelo Tribunal.

Recurso especial parcialmente provido." (grifo não contido do original)

REsp 953389 / SP Recurso Especial 2007/0115703-9 - Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 23/02/2010 - Data da Publicação/Fonte - DJe 15/03/2010.

Também nos contratos é buscado o equilíbrio econômico-financeiro, não mais verdade absoluta o antigo brocardo de que "contratado é justo". Neste ambiente, o julgador, exercendo o dirigismo contratual, poderá

efetuar a revisão do contrato ou mesmo resolvê-lo, consoante as normas dos artigos 317 e 478 do Código Civil.

Da mesma forma, percebeu-se que os contratos não devem atender apenas e tão somente aos interesses dos estipulantes, até porque os contratos, por sua própria finalidade, exercem uma função social. A função social diz respeito aos efeitos externos do contrato, sua interferência na esfera jurídica da coletividade. Assim, os contratos devem ser interpretados e cumpridos segundo os interesses dos contratantes, mas sem entrar em conflito com o interesse público. Inteligência do artigo 421 do Código Civil, que possui inspiração de índole Constitucional, especificamente no artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que a propriedade atenderá à sua função social.

Ainda em razão dos princípios contratuais modernos, construiu-se a teoria do adimplemento substancial, segundo a qual, se paga parcela considerável do contrato, não haveria justa causa para sua rescisão, cabendo apenas a cobrança da diferença do saldo devedor. Por exemplo, num contrato de alienação fiduciária em garantia, se pagas 31 (trinta e uma) de 36 (trinta e seis) parcelas, não cabe busca e apreensão do bem alienado.

Nesse sentido, válido trazer à colação o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. TEMA CENTRAL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO PARCIAL. PROCEDÊNCIA NA MESMA EXTENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

I. “É inequívoco o prequestionamento quando a questão objeto do especial é o tema central do acórdão estadual.” (AgRg no Ag 1012324/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Unânime, DJe: 24/11/2008)

II. “Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional firmou entendimento no sentido de que o depósito efetuado a menor

em ação de consignação em pagamento não acarreta a total improcedência do pedido, na medida em que a obrigação é parcialmente adimplida pelo montante consignado, acarretando a liberação parcial do devedor. O restante do débito, reconhecido pelo julgador, pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória (cf. REsp nº 99.489/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 28.10.2002; REsp nº 599.520/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 1.2.2005; REsp nº 448.602/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 17.2.2003; AgRg no REsp nº 41.953/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 6.10.2003; REsp nº 126.326/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 22.9.2003).” (REsp 613552/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Unânime, DJ: 14/11/2005, p. 329).

**III. Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo.**

IV. Recurso especial a que se nega provimento.” (grifo não contido no original)

PROCESSO REsp 912697 / RO – Recurso Especial 2006/0282695-7- Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - QUARTA TURMA – Data do julgamento: 07/10/2010 - Data da publicação e fonte: DJe 25/10/2010.

Também segundo os atuais parâmetros e cláusulas gerais dos contratos, observando-se a função social dos contratos, num contrato de concessão de crédito educativo, entendeu-se que, mesmo não incidindo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por aplicação da cláusula geral em

comento, apresenta-se excessiva a multa de 10% prevista contratualmente. É o acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO PROFERIDA SINGULARMENTE PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. ENSINO SUPERIOR. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. FINALIDADE SOCIAL. EXEGESE PECULIAR DAS SUAS DISPOSIÇÕES. MULTA CONTRATUAL DE 10% NOS CASOS DE INADIMPLENTO. PERCENTUAL DEMASIADAMENTE ONEROSO. EXCESSO. POSIÇÃO DOMINANTE. INFRINGÊNCIA DE REGRAS PADRONIZADAS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES DE CRÉDITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, é facultado ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Assim, atendida uma das condições previstas, pode o julgador negar seguimento ao recurso, em apreço à celeridade dos julgamentos e ao princípio da efetividade do processo.

2. Ademais, eventual impropriedade processual da decisão monocrática fica superada, uma vez instado o órgão colegiado a se pronunciar em sede de Agravo Regimental.

3. O Contrato de Crédito Educativo, dada a elevada finalidade nitidamente social da sua instituição, não deve ser interpretado sem levar-se em conta a sua especificidade, como se fosse uma relação financeira comum, por isso que a sua compreensão assimila as regras que servem de padrão ao sistema de proteção ao equilíbrio das relações de crédito, em proveito

da preservação de sua teleologia.

4. Embora a jurisprudência desta Corte Superior seja no sentido da não-aplicação do CDC aos Contratos de Crédito Educativo, não se deve olvidar a ideologia do Código Consumerista consubstanciada no equilíbrio da relação contratual, partindo-se da premissa da maior vulnerabilidade de uma das partes. O CDC, mesmo não regendo diretamente a espécie sob exame, projeta luz na sua compreensão. Neste caso, o CDC foi referido apenas como ilustração da orientação jurídica moderna, que valoriza o equilíbrio entre as partes da relação contratual, porquanto essa diretriz está posta hoje em dia, no próprio Código Civil.

**5. Vale dar destaque as normas insertas nos arts. 421 e 422 do CC, as quais tratam, respectivamente, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A função social apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria contratual. É um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1º da CF), deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro.**

**6. Da mesma forma, a conduta das partes contratantes deve ser fundada na boa-fé objetiva, que, independentemente do subjetivismo do agente, as partes contratuais devem agir conforme o modelo de conduta social, geralmente aceito (consenso social), sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante.**

**7. Tratando-se no caso dos autos de Contrato de Crédito Educativo e levando-se em conta a elevada finalidade social da sua instituição, mostra-se desarrazoada uma multa contratual no valor de 10%.**

8. Agravo Regimental desprovido.” (grifo não contido no original)

AgRg no REsp 1272995 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0197420-7 - Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento: 07/02/2012 - Data da Publicação/Fonte: DJe 15/02/2012

## CONCLUSÃO

Para fins de conclusão, deve-se ressaltar que os novos princípios e cláusulas gerais não vieram a lume para afastar o princípio de que o pactuado deve ser cumprido. Em verdade, os novos princípios surgiram, em alguma medida, para limitar a liberdade contratual, impedindo abusos e para direcionar a interpretação, forma de conclusão e execução dos contratos, de modo a não trazer ou agravar danos para a outra parte, ou, ainda, para a coletividade. Sempre que não observadas tais cláusulas gerais, poderá o Estado-juiz, desde que provocado, intervir para rever ou resolver o contrato. ♦

# Divórcio e Separação por Escritura Pública: Possibilidade Quando Existem Filhos Menores ou Incapazes

Victor Silva dos Passos Miranda<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.441, publicada em 4 de janeiro de 2007, introduziu no ordenamento jurídico pátrio, em boa hora, a possibilidade de formalizar a separação e divórcio consensuais (e a conversão da separação em divórcio, como restou assentado posteriormente) mediante escritura pública, independentemente de homologação judicial. A regulamentação demasiadamente sucinta da matéria deu-se pela inclusão do artigo 1.124-A no Código de Processo Civil, que restou assim redigido, após a alteração efetuada pela Lei nº 11.965, de 3 de julho de 2009:

*“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.*

*§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.*

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular da 1ª Vara da Comarca de Vassouras.

*§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”.*

O primeiro ponto a ser destacado, para os fins deste trabalho, é a manifesta intenção do legislador de desjudicializar os institutos jurídicos da separação e do divórcio, facultando às partes a resolução praticamente imediata de situação, no mais das vezes, angustiante em termos pessoais e familiares. Preservam-se os jurisdicionados de, na melhor das hipóteses, meses de procedimento judicial, quiçá anos, de custo financeiro e emocional significativo. De outro prisma, economizam-se recursos humanos e econômicos do Estado voltados à reconhecidamente asoberbada função jurisdicional, que serão melhor dirigidos para composição daquelas situações em que efetivamente existe lide. Observe-se, porém, como já o fez a melhor jurisprudência, seguida pela regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, que o recurso à via extrajudicial é opção das partes.

A iniciativa do legislador têm produzido frutos fecundos. Exemplo disso são os números apresentados pelo advogado e doutorando pela Universidade de São Paulo, professor Christiano Cassettari, em artigo publicado na página da internet do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família<sup>2</sup>:

*“Exatamente um ano após a entrada em vigor da Lei 11.441/07, os tabelionatos de notas do Estado de SP atingiram a marca de quase 100 mil atos realizados nos 12 primeiros meses de vigência da referida lei. De acordo com os números auferidos pela Central de Escrituras, Separações, Divórcios e Inventários (CESDI), mantida pela seção paulista do Colégio Notarial do*

2 CASSETARI, Christiano. “Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública após três anos de vigência.” Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=590>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

*Brasil, que abrange as informações dos 897 tabelionatos de notas de todo o estado, foram realizados até o mês de janeiro 2008, um total de 90.772 atos de escrituras de separações, divórcios e inventários. Somente na capital este número atingiu a marca de 29.899 atos.*

*Dentre as novas atribuições praticadas pelos tabelionatos de notas paulistas, a que mais cresceu foram os inventários e as partilhas, que passaram de 77 atos realizados no mês de janeiro de 2007 e chegaram a 61.305 até janeiro de 2008, uma média de 5.100 atos mensais. Na capital, passou-se de nenhum ato em janeiro de 2007 para 18.285 atos em janeiro de 2008. Já os divórcios que no primeiro mês de vigência da lei totalizaram 419 em todo o estado, chegaram a um total de 17.640 ao final de janeiro de 2008, uma média de 1.470 atos mensais.*

*Na capital, os divórcios passaram de 160, em janeiro de 2007, para 7.544 em janeiro de 2008. Com relação às separações foram registradas 514 separações no estado em janeiro de 2007, e 11.076 em janeiro de 2008, uma média de 923 atos mensais. Na capital, partiram de 106 no primeiro mês de vigência da lei e chegaram a 3.851 em janeiro de 2008. Já os processos de reconciliações em cartório totalizaram 751 até o primeiro mês de 2008.” (Informativo do Colégio Notarial do Brasil - seção SP - Ano X - n.º 109 - janeiro de 2008).*

O segundo ponto relevante para este artigo é a expressa limitação imposta pelo legislador quanto à inexistência de filhos menores ou incapazes do casal. Questiona-se, portanto, acerca da possibilidade do recurso à via extrajudicial quando, a despeito de o casal ter filhos menores ou incapazes, as questões relativas à guarda, visitação e alimentos destes já tiverem sido definidas em procedimento judicial prévio.

## DA REGULAMENTAÇÃO DO TEMA PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em atuação pioneira, editou o Provimento nº 48, de 19 de dezembro de 2008, introduzindo o parágrafo sexto no artigo 619-C de sua Consolidação Normativa Notarial e Registral, redigido nos termos seguintes:

*“§ 6º - É possível a lavratura de escritura pública de conversão da separação judicial em divórcio consensual, com ou sem partilha de bens, mesmo que existam filhos menores ou incapazes do casal, desde que não haja nenhuma alteração do que foi convencionado e homologado na separação judicial em relação aos direitos dos filhos menores ou incapazes”.*

O dispositivo em comento, embora com abrangência menor do que aquela discutida neste trabalho, já vislumbra a possibilidade de equilibrar a finalidade desjudicializante do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil com as normas que protegem os incapazes.

Observo, ainda, que o dispositivo foi incluído após o Conselho Nacional de Justiça editar sua Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007.

## DA REGULAMENTAÇÃO DO TEMA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como visto, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, tratou da separação e divórcio consensuais em um único dispositivo, com três parágrafos. A regulamentação superficial por parte do legislador ordinário ensejou inúmeras práticas e interpretações dissonantes pelo território nacional. Sensível ao tema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007 (com as modificações da Resolução nº 120, de 30 de setembro de 2010), cujas disposições relevantes para este trabalho são as seguintes:

### “DISPOSIÇÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS

*Art. 33. Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.*

*Art. 34. As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento.*

(...)

### DISPOSIÇÕES REFERENTES À SEPARAÇÃO CONSENSUAL

*Art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.*

(...)

### DISPOSIÇÕES REFERENTES AO DIVÓRCIO CONSENSUAL

*Art. 52. Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento” (sem grifos no original).*

Oportuno mencionar que a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro seguiu a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça nos artigos 309, 310, 323 e 328 de sua Consolidação Normativa - Parte Extrajudicial.

## **DA FINALIDADE DA LEI Nº 11.441 EM CONFRONTO COM AS NORMAS QUE PROTEGEM INCAPAZES**

Como cedição, o ordenamento jurídico pátrio contém inúmeras disposições protetivas das pessoas relativa e absolutamente incapazes, dentre as quais, ressaltam, no plano processual, a intervenção obrigatória do Ministério Público nas demandas que versem sobre interesse de incapazes, poder familiar, tutela, curatela e interdição (artigo 81, incisos I e II, do Código de Processo Civil), bem como os procedimentos específicos vinculados a cada um desses institutos.

Não obstante, tais normas foram editadas pelo legislador ordinário, que poderia excepcioná-las, sem, com tal medida, diminuir a proteção outorgada aos incapazes. Com efeito, para além do exemplo explicitamente adotado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, concernente à prévia homologação judicial de acordo de separação que trate dos interesses de incapazes, podemos pensar em hipótese análoga igualmente usual. É bastante comum que a primeira medida judicial após a separação de fato de um casal com filhos menores seja uma ação de alimentos ou de guarda. Da mesma forma, em muitas dessas ações são alcançados acordos que versam não apenas sobre o objeto da lide, mas regulamentam integralmente as questões de guarda, visitação e prestação de alimentos. Nessas hipóteses, não há razão para impedir o acesso à via extrajudicial para fins de separação e divórcio consensuais.

O professor Zeno Veloso, muito embora filie-se a entendimento contrário, registrou em artigo<sup>3</sup> o acolhimento da tese acima por conhecidos doutrinadores, havendo, inclusive, previsão específica no Direito português:

---

3 VELOSO, Zeno. Minicurso de Escrituras Públicas em Inventário, Partilha e Divórcio - "Aspectos práticos da Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais". Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=558>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

*“Cristiano Chaves de Farias (O novo procedimento da separação e do divórcio - de acordo com a Lei n.º. 11.441/07, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.134) opina que se o casal tem prole, ainda incapaz, comum, poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, “dês que o pacto ajustado não verse sobre eventuais direitos dos filhos, que são indisponíveis”. Assim, o casal poderia, através de escritura pública, ajustar a partilha dos bens comuns, os alimentos devidos reciprocamente e a eventual permanência do nome de casado, deixando para resolver as questões atinentes à guarda e visita dos filhos e aos alimentos devidos a eles (além de outras eventuais indagações) na via judicial, através de ações próprias.*

*Embora louvando a criatividade da idéia do autor, que almeja facilitar a solução da crise conjugal, deixando para juízo sucessivo a decisão sobre os interesses dos filhos, confesso que tenho grande dificuldade de aderir à sua tese, na falta de uma disposição legal expressa a esse respeito.*

*Apesar da vedação expressa que faz a lei para a utilização da separação ou do divórcio extrajudicial se o casal tem filhos menores, ou filhos maiores, mas incapazes, Rolf Madaleno (Curso de Direito de Família, Forense: Rio de Janeiro, 2008, n. 6.35.3, p. 253) pondera que em nada interfere a separação ou o divórcio extrajudicial se o casal já cuidou de acordar em demanda precedente os interesses pertinentes à guarda, visitas e aos alimentos da sua prole menor ou incapaz, ou mesmo se já tratou desses itens em uma antecedente separação consensual de corpos homologada e transitada em julgado. Essa opinião de Rolf tem respaldo no direito comparado, especialmente na legislação portuguesa, como será visto logo a seguir, e coincide com a lição de Cristiano Chaves de Farias, acima apontada, a respeito da qual já dei o meu parecer, que é extensivo ao magistério do professor Madaleno.*

*No direito português, a separação de pessoas e bens, por mútuo consentimento, é requerida por ambos os cônjuges, sem indicação*

*de causa, e pode ser judicial ou administrativa, esta última na Conservatória do Registro Civil, se o casal não tiver filhos menores, ou se, havendo esses filhos, o poder paternal já estiver judicialmente regulado. As mesmas regras se aplicam ao divórcio por mútuo consentimento (cf. Código Civil português, arts. 1.773,2; 1.778-A, 1; 1.794). Portanto, lá como aqui, não é mais exigível, de modo absoluto, uma declaração judicial, mediante sentença, para a dissolução da sociedade conjugal (separação) ou para a extinção do casamento (divórcio)”.*

Conforme já dito acima, a finalidade manifesta da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, é a desjudicialização e a desburocratização dos procedimentos relativos à separação e divórcio consensuais, norte este que deve orientar sua interpretação e aplicação, como determina o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a nomenclatura que lhe deu a Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010).

Essa interpretação não viola o texto legal, na medida em que sua regulamentação sucinta simplesmente não previu as hipóteses específicas de fixação prévia dos regimes de visitação, guarda e alimentos em acordo de separação judicial ou outra ação.

## CONCLUSÃO

Sopesadas as normas legais que protegem os incapazes, com os valores que as informam, e os limites gramaticais e as finalidades do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, inserido pela Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, com as alterações da Lei nº 11.965, de 3 de julho de 2009, parece-nos não apenas juridicamente coerente, como também oportuna, a interpretação da norma no sentido de permitir a formalização de separações e divórcios consensuais quando, a despeito de existirem filhos menores ou incapazes, a situação jurídica destes já estiver regulamentada em ação prévia, que será ratificada na escritura, no que tange aos aspectos de guarda, visitação e alimentos.

Evidentemente, estando os notários e registradores vinculados ao cumprimento estrito das normas editadas pelas Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e, em última instância, pelo Conselho Nacional de Justiça, eventual decisão judicial que acolha a tese acima exposta deverá analisar os limites regulamentares desses órgãos administrativos, matéria esta que, dada sua abrangência, deve ser objeto de estudo específico. ♦

## REFERÊNCIAS

CASSETARI, Christiano. “Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública após três anos de vigência”. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=590>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

VELOSO, Zeno. Minicurso de Escrituras Públicas em Inventário, Partilha e Divórcio - “Aspectos práticos da Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais”. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=558>>. Acesso em: 6 de abril de 2012.

# 10 Anos do Código Civil Brasileiro

## Breve Panorama do Direito Civil

### Sob a Ótica do Constitucionalismo

Viviane Alonso Alkimim<sup>1</sup>

#### CONSIDERAÇÕES GERAIS

Historicamente, o chamado Estado Liberal ou pré-moderno foi concebido nos meados do século XIX, tendo em vista um ambiente no qual a economia e a iniciativa privada podiam agir livremente, com pouquíssima intervenção estatal. Este modelo estatal sempre defendeu as ideias de um Estado mínimo, de onde se extraíam os dogmas de um Direito Civil individualista, patrimonialista, sob a égide de um positivismo *strictu*. Consistia a seu tempo em uma revolução ao regime absolutista anterior e consagrava o primado da liberdade dos homens.

Nesse ambiente, o juiz deveria se limitar a ser a boca da lei, conforme sinalizou Montesquieu em sua obra **O Príncipe**. Os postulados máximos do Estado de Direito Liberal eram: separação de poderes, princípio da legalidade e direito à liberdade, além da inexorável proteção da propriedade privada.

Com o fim de sujeitar o Estado ao novo regime instituído da legalidade, e proteger a esfera de liberdade dos indivíduos, invocou-se a obediência formal e positiva à lei como um dos fundamentos do direito civilístico. Consagrado, assim, estava o princípio da legalidade e do positivismo *strictu*.

Nesses tempos de Estado Liberal era preciso garantir, portanto, a liberdade, o direito à igualdade, à propriedade, sendo o sistema jurídico baseado em dois grandes princípios: a autonomia da vontade e a força

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 2ª Vara de Família - Ilha do Governador.

obrigatória dos contratos.

No entanto, o Estado Liberal entrou em decadência. Ainda no final do século XIX, surgiram problemas referentes à industrialização e mecanização progressiva e avanço da tecnologia, com a fuga do homem do campo para as cidades emergentes, acarretando a aglomeração de pessoas em cidades, empobrecimento de largos grupos populacionais, forte concentração de renda e capitais, períodos de guerras e pós-guerras.

O momento histórico da Primeira Guerra Mundial acarretou grande intervencionismo econômico estatal, principalmente na Europa continental, o que se espalhou por todos os demais países periféricos e coloniais. O advento das grandes guerras mundiais acentuaram ainda mais a atividade estatal, com a onipresença do Estado nos mais variados ramos da economia.

O Estado liberal entrou em decadência, pois os contratos passaram a retratar a supremacia do mais forte, desfigurando o ideal de que o contrato seria sempre justo por ser celebrado por partes livremente acordadas.

A este sentimento de que uma parte na relação contratual, principalmente nas relações trabalhistas e também na seara civilista, poderia ser subjugada pela parte mais forte aliou-se à necessidade de uma maior proteção estatal, a fim de tratar desigualmente os desiguais (dando concretude ao direito à igualdade).

Esse panorama acabou propiciando o advento do Estado do bem-estar social, também chamado como Estado constitucional, moderno, *welfare state*, entre outros. Nesse modelo, o Estado passa a assumir funções de um verdadeiro Estado prestador, fornecendo serviços e produtos que a sociedade necessita, assumindo determinadas atividades econômicas. Ressalte-se que a Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e outras Constituições como a do México, de 1917, estavam a garantir a base jurídica desse novo modelo estatal.

Nesse sentido, sob a ótica do Direito Civil, o Estado pretendeu garantir uma igualdade contratual real, protegendo a parte mais fraca.

O Estado do Bem-Estar Social, em um típico movimento pendular, acabou por se hipertrofiar, e, em muitos países, a não respeitar os ditames

democráticos, acarretando um grande aumento das funções, das despesas e do tamanho do Estado, com o decorrente aumento na carga tributária e criação de obstáculos ao chamado livre mercado capitalista e muitos desvios de poder e à liberdade individuais.

O surgimento de sociedades contemporâneas sujeitas a riscos globalizados e diversificados trouxe a lume questionamentos diversos, dentre eles o do papel, funções e financiamento do Estado. A crise do Estado do Bem-Estar, face à sua hipertrofia e ineficiência que gerava aumento das despesas públicas com déficits orçamentais permanentes e aumento progressivo da carga tributária, acabou acarretando o declínio do conceito e do modelo de Estado Social, pois o *Welfare State*, que deveria reformar o capitalismo, fracassou

Nesse panorama, adveio, a partir da década de 1970, uma nova onda liberalizante, assim chamada como movimento neoliberal, que pretendeu rever os conceitos do Estado Social, culminando com a derrocada dos sistemas comunistas e socialistas, a queda do muro de Berlim, o movimento mundial de privatizações, dentre outros fenômenos.

Atualmente, no alvorecer do século XXI, assistimos a uma nova crise mundial do sistema capitalista liberalizante, ainda sem solução, que tem como uma de suas piores características o acirramento das desigualdades sociais, refletindo um mundo desigual.

Neste contexto global, no Brasil, surge a Constituição da República de 1988, chamada de Constituição cidadã, que busca, sobretudo, garantir as liberdades individuais e a democracia.

Impõe-se ressaltar que o Brasil, como país periférico da ordem econômica mundial, nem bem foi totalmente liberal, como tampouco garantiu os direitos sociais previstos no Estado do Bem-Estar Social. Ainda no Brasil do século XXI mostra-se imperioso o fortalecimento das instituições públicas, da própria democracia, dos direitos fundamentais, do acesso da população às condições mínimas de vida digna, com necessidade de diminuição das imensas desigualdades que presenciamos.

Nesse cenário, a Constituição brasileira de 1988 pretendeu ser, sobretudo, principiológica, garantidora de direitos, estabelecendo como um

dos fundamentos da República brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana (realidade ainda em construção).

A Constituição brasileira de 1988 consagrou, além do princípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios e direitos fundamentais, tais como: a solidariedade social (ideal da fraternidade) – artigo 3º, igualdade real, garantia dos direitos fundamentais, unidade constitucional, harmonização ou concordância, eficácia integrativa, força normativa da constituição, proporcionalidade, razoabilidade, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, etc.

Analisando-se sob essa nova ótica da constitucionalização dos ramos da ciência jurídica, percebe-se que houve uma erosão da velha dicotomia entre o direito público e o direito privado, que datava do antigo Direito Romano.

Atualmente, não se concebe mais a divisão entre direito público e privado – esses mundos se integram e complementam. Percebeu-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, também entendido como publicização do Direito Civil ou Direito Civil-Constitucional.

Mas em que consiste o Direito Civil-Constitucional?

Podemos conceituá-lo como uma releitura dos institutos do direito privado à luz dos preceitos constitucionais que se espraiaram pela sociedade brasileira. Na verdade, ocorreu uma verdadeira integração simbiótica entre estes dois ramos do direito. Nessa integração dos ramos do Direito Civil-Constitucional deve-se considerar ainda a eventual técnica de interpretação Constitucional e ponderação de direitos constitucionais conflitantes, sempre tendo em vista a evidente supremacia do texto constitucional na órbita jurídica.

E nessa nova ordem jurídica constitucionalista adveio o Código Civil de 2002, após décadas de tramitação do projeto inicial no Congresso Nacional. Esse Código, apesar de não ter sido muito bem recebido pela doutrina pátria, deve ser interpretado sob a ótica do constitucionalismo.

O Professor Capanema, em palestra proferida na EMERJ por ocasião do Seminário de comemoração dos 10 Anos do Código Civil, na data de 29 de março de 2012, defendeu que o valor do novo Código Civil está

nas entrelinhas, por ter garantido os preceitos constitucionais, assegurando uma efetividade e operacionalidade capaz de auxiliar na construção de uma justiça concreta.

Assim entendido, uma das maiores garantias trazidas pelo novo Código Civil e plenamente consoante com a ordem constitucional consiste na boa-fé objetiva, transformando a anterior boa-fé subjetiva prevista no Código Civil de 1916 em boa-fé objetiva.

Outra inovação do Direito Civil pátrio trazida com o Código Civil de 2002 consistiu na construção dos conceitos de abuso de direito, lesão ao direito e a garantia da igualdade real nos contratos. Consoante a esses conceitos, advém a ideia de que os contratos devem nascer justos e equilibrados, transparecendo o princípio da boa-fé objetiva.

A autonomia da vontade, outro corolário intocável do liberalismo, não é mais absoluta na ordem jurídico-constitucional. Está hoje limitada e só poderá ser exercida nos limites da função social do contrato. O contrato repercute em toda sociedade. A função social dos contratos consiste, assim, em uma cláusula geral implícita que deve (obrigatoriamente) ser considerada pelos contratantes e também pelos Juízes.

Desta feita, ressaltou o ilustre Professor Capanema em palestra já citada que os Juízes são “os equilibradores éticos e econômicos dos contratos”. Os contratos, portanto, devem sempre ser interpretados com base nos princípios constitucionais, além dos princípios da boa-fé objetiva e da probidade (paradigma do homem honesto).

A propriedade foi desmistificada pelo novo Código Civil, amparado na nova ordem jurídico-constitucional. Nesse sentido, o anterior direito à propriedade quase que sagrado dos tempos do liberalismo (ressuscitados na onda neoliberal) passou a sofrer limitações em nome do direito coletivo.

Podemos exemplificar essa assertiva com fulcro no artigo 1228 do Código Civil que prevê limitações ao direito de propriedade quando estiver em dissonância com o meio-ambiente, quando causar abuso ao direito, prevendo ainda a chamada posse social.

No que concerne ao Direito de Família, o Código Civil atual apresenta graves defeitos, podendo-se dizer que até trouxe retrocessos no que

tange aos direitos dos companheiros (a matéria já estava razoavelmente consolidada antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002).

Nesse ramo do Direito, o intérprete deverá fazer um esforço maior para adequar as regras civilistas à ordem constitucional a fim de sintonizá-las aos princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos considerando a realidade da sociedade.

Nesse cenário do Direito de Família, a figura do homem como “cabeça do casal”, chefe jurídico do casal (conceito de *pater familias*), saiu do monte onde se encontrava e desceu à entidade familiar, garantindo-se a absoluta igualdade entre o homem e a mulher no âmbito privado da unidade familiar, além do âmbito social e laboral.

Em relação aos menores, o que prevalece é o interesse destes, não se concebendo mais o direito natural da mãe à guarda dos filhos. No que concerne ao planejamento familiar, caberá exclusivamente à família decidir a quantidade de filhos, o tipo de educação e demais aspectos da criação de seus filhos.

O conceito de família também foi radicalmente alterado, sendo suficiente para formação da família apenas a vontade e o afeto de seus integrantes, prescindindo de qualquer formalidade para sua constituição (como o casamento civil) ou mesmo de formato (união de homem e mulher). Dessa forma, o conceito de família foi ampliado, admitindo-se qualquer tipo de união ou mesmo de formação de núcleo familiar, inclusive uniões não formalizadas (uniões estáveis) e uniões de casais homoafetivos.

A sociedade brasileira vive a experiência de construir um novo tempo, dando efetividade aos princípios constitucionais e direitos fundamentais dos homens, consagrados nas principais ordens jurídicas internacionais e na Constituição da República. E neste longo e árduo caminhar atribui-se ao Poder Judiciário a dura tarefa de sintonizar tais anseios e ditames superiores, transformando-os de meros dizeres em papel em realidade.

Em conclusão, a ordem jurídica civil-constitucional encontra-se aberta e em plena construção. O Código Civil consiste em uma conquista da comunidade, que deverá retratar as mudanças sociais, dando realismo e eficácia aos preceitos constitucionais. ♦

# Os 10 Anos do Código Civil

Viviane Tovar de Mattos Abrahão<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A primeira questão que se coloca é a de se saber se, na verdade, temos um novo Código Civil ou se, ao contrário, uma atualização do Código de 1916.

Ao que parece, temos de certa forma uma atualização, eis que, diante de tantas décadas de vigência, a sociedade foi de forma gradual se modificando, editando leis, e o Código de 2002 veio reafirmar alguns conceitos e valores já corroborados pela doutrina e jurisprudência. Não que ele não traga novos valores, novos conceitos, mas a verdade é que muito do que foi colocado no papel pelo legislador já vinha sendo aplicado na prática pelos operadores do direito como um todo.

## DESENVOLVIMENTO

O primeiro objetivo do novo código foi socializar o direito privado, até então impregnado por ideias individualistas que caracterizaram o século XIX. O Código Civil de 1916, portanto já no século XX, é do século XIX, porque o seu projeto foi encaminhado ao Congresso em 1895. Por isso reflete nitidamente aquelas tendências, principalmente as inspiradas pelo Estado Liberal, em que o campo das obrigações e dos contratos, por exemplo, fazia do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos verdades absolutas. Então, esse caráter individualista do Código de 1916 não resistiria às tendências atuais.

E o novo Código avança extraordinariamente nesse sentido. Nós

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito em exercício na 7ª Vara Cível de Duque de Caxias.

vamos ver, por exemplo, como a posse e a propriedade saem desse novo Código com uma outra visão, uma visão muito mais social. Temos, agora, a posse-trabalho, a posse social. A propriedade, agora, mais do que nunca, está vinculada à sua função social.

Outro objetivo importante foi o de excluir do Código Civil toda norma de natureza processual.

O Código Civil de 1916 está repleto de regras de natureza processual. Por exemplo, na questão da defesa da posse, o Código Civil de 1916 trata das possessórias, inclusive quando cabe e quando não cabe liminar. Trata da cumulação dos pedidos na ação possessória, fala sobre o aspecto dúplice das ações, isso tudo no Código Civil, matéria tipicamente processual.

O terceiro grande objetivo foi o de consolidar tendências pretorianas. Ou seja, como o Código de 1916 obviamente ficou defasado, e muito em decorrência dos avanços sociais, é claro que a jurisprudência teve um papel importante, ao adaptar aquele Código às realidades do cotidiano.

Então, foi se constituindo uma jurisprudência inovadora, e muitas dessas tendências pretorianas foram recepcionadas no novo Código, transformando-se agora em direito positivo.

Por exemplo, a Teoria da Onerosidade Excessiva e a Teoria da Lesão são direitos que já vinham sendo admitidos pela jurisprudência e que, agora, passam a ser direito positivo.

A desconsideração da personalidade jurídica, que alguns juízes corajosamente já admitiam, antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, agora está também aqui consagrada nesse novo Código.

Então, muita coisa que dependia da jurisprudência, agora se transforma em direito positivo.

Assim, houve uma inclusão, no novo Código, de matérias que já tiveram uma disciplina jurídica, matérias já recepcionadas pela sociedade e que não suscitam grandes controvérsias.

O quarto objetivo foi o de manter, em primeiro lugar, a elegância da linguagem e, em segundo lugar, o estilo conciso do Código de 1916

que, sem dúvida, são dois de seus grandes méritos. Nós podemos nos orgulhar da pureza gramatical do nosso Código Civil.

O projeto do Código Civil de 1916, como todos sabemos, foi redigido por Clóvis Bevilacqua e o Presidente da Comissão Revisora foi Rui Barbosa. Dois puristas da língua, obsessivamente preocupados com a preservação do nosso idioma, hoje tão violentado. Então, o Código de 1916 resultou num primor, no que diz respeito à linguagem. Cada artigo é esmiuçado por Rui e por Clóvis, não apenas nos seus aspectos jurídicos, mas também gramaticais. Não se encontram ali erros de português e até as vírgulas foram discutidas, como se fosse questão de sobrevivência nacional.

Por fim, o último objetivo foi a eliminação de solenidades inúteis. Por exemplo, o novo Código abole a famosa notificação judicial. Qualquer ato de comunicação vai poder ser feito por qualquer meio, desde que inequívoco. Para os testamentos e uma série de outros atos em que se exigiam solenidades essenciais já não se exige mais. Foi reiterada a necessidade de se privilegiar o conteúdo e o fundamento, e não a forma. Então, o Direito mais moderno vai abandonando os velhos formalismos, característicos do Direito ultrapassado.

Tem-se que os fundamentos do Código de 2002 são: a socialidade, a efetividade e a eticidade.

Socialidade manifestada na preocupação de dar uma atenção social ao novo Direito Privado brasileiro, principalmente no campo da propriedade, das obrigações e dos contratos.

Efetividade tem o sentido de que se eliminam solenidades inúteis e se procura criar mecanismos que tornem realmente útil a prestação jurisdicional.

E, finalmente, a eticidade, ou seja, a preocupação de oxigenar essas relações jurídicas com a moral. Por exemplo, o artigo 422 diz textualmente que, em todos os contratos, todos contratantes terão que guardar a mais estrita boa-fé e probidade.

Podemos reparar que o Código Civil de 1916 não se refere nenhuma vez a boa-fé na Parte Geral dos Contratos porque entendia-se que

a boa-fé é um preceito moral, e não jurídico. A boa-fé deveria estar no coração e na mente dos contratantes e não no Código Civil. Mas agora, não. No novo Código podemos reparar que a boa-fé aparece como uma cláusula implícita dos contratos, uma cláusula obrigatória. É um dever jurídico dos contratantes e não mais uma mera evocação ética.

Além das modificações no conteúdo, também foram feitas modificações no corpo do texto do Código.

O Código Civil de 1916 tem uma Lei de Introdução que, embora não esteja inserida no seu corpo, a ela está umbilicalmente ligada. Depois vem a Parte Geral e depois a Parte Especial, desdobrando-se esta nos seguintes Livros: Direito de Família, que é o Livro I, seguindo-se o Livro II, Direito das Coisas, o Livro III, Direito das Obrigações e o Livro IV, Direito das Sucessões. E essa, inclusive, não era a ordem que se seguia para ensinar Direito nas Faculdades. Todos nós sabemos que, depois da Parte Geral, ensinava-se “Obrigações”, depois “Contratos”, depois “Direito das Coisas”, depois “Família” e depois “Sucessões”.

O novo Código, agora, segue rigorosamente o currículo das faculdades. Ele abre com a Parte Geral, como não poderia deixar de ser, constituída por três Livros clássicos. Nesse particular não mudou nada: Livro I, “Das Pessoas”, Livro II, “Dos Bens” e Livro III, “Dos Fatos Jurídicos”.

Mas a Parte Especial está completamente rejuvenescida e, inclusive, seguindo a ordem dos currículos.

Quer dizer, o Livro I, da Parte Especial passa a ser “Das Obrigações e dos Contratos”.

O Livro II é absolutamente novo, “Do Direito de Empresa”. Aliás, no anteprojeto original da Comissão, tal livro não tinha esse nome, mas sim o nome “Da Atividade Negocial”. Depois, no Congresso, achou-se que essa é uma denominação pouco esclarecedora, daí ela foi substituída por “Do Direito de Empresa”.

O Livro III passa a ser “Direito das Coisas”, o Livro IV, “Do Direito de Família” e o Livro V, “Sucessões”.

## CONCLUSÃO

Por fim, verifica-se que o Código Civil de 2002, na verdade, ainda é um grande desafio para todos os operadores do Direito, posto que, mesmo trazendo grandes modificações, a sociedade muda a cada dia e está mudando cada vez mais rápido, de modo que é impossível o acompanhamento legislativo. Daí a importância de termos bem delineados os princípios que devemos seguir para então encontrarmos soluções para o nosso dia a dia. ♦

# Acertos e Desacertos do Código Civil Da Incompreendida Vagueza do Livro IV

**Yedda Christina Ching-San Filizzola Assunção<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

Pela passagem do décimo aniversário do Código Civil, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro optou por honrar o Estatuto dimensionando o seu valor. No seminário apresentado, se pretendeu manter vigoroso o estudo, e a inquietação sobre as alterações legislativas.

Já na primeira palestra, a audiência foi posicionada à atual configuração do Direito.

Se antes nas academias se examinavam as características do Direito, a fim de defini-lo com uma ciência, com ramos, categorias e seções. Atualmente – e assim o é já há alguns anos – pouco se perde com definições e partições, para se ater ao conteúdo da norma e a sua eficácia constitucional, mirando sempre a sua aplicação mais ampla e socialmente positiva.

Assim, mais do que a modificação do texto da lei, o novo Código Civil trouxe um novo marco, que reforçou uma mudança de paradigma apresentada pela Constituição da República de 1988.

Aceitamos naquele momento histórico uma nova promessa de realidade, com um novo pacto Republicano, e um redimensionamento do homem, elevando a dignidade como fundamento máximo de todo e qualquer direito individual e social.

É nesse contexto que é aprovada a Lei 10.406/02.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 36ª Vara Criminal - Capital.

## DESENVOLVIMENTO

Observando especificamente o Livro do Direito de Família, todo aquele que apenas o lê percebe raras mudanças. Talvez não perceba a modificação geográfica do livro que, discretamente, transmite à sociedade que a família não mais deve ser constituída antes das obrigações, e que é irrelevante para contratar que as partes estejam ou não inclusas no modelo tradicional de família.

Não restam dúvidas sobre a timidez das alterações das leis que regem o Direito de Família; já se comparou artigo com artigo para demonstrar que quase nenhum deles foi alterado substancialmente. Sim, pouca ou quase nenhuma novidade apresentou o Código Civil, elaborado décadas antes do início da sua vigência.

Isto, o acanhamento do Código diante de direitos pessoais, pode ser considerado, sem dúvida, um dos grandes desacertos da lei geral – que, contudo pode ser convertido, e já foi, em um dos seus honorários acertos.

A sociedade dos últimos 50 anos não é comparável àquela que viveu no início do século XX. Reconheceram-se direitos fundamentais, mudaram-se os hábitos, os valores, as estruturas sociais e especialmente as relações interpessoais, e assim alterou-se a dinâmica familiar.

Mas essa reestruturação não chegou ao fim; estamos em ebulição, em movimento. Não temos hoje a família que existirá em 50 anos, e sequer somos capazes de imaginar como serão as relações pessoais em um mundo cibernético-globalizado, ou seja lá o nome que se pretende. Esse tempo, que alguns denominam de pós-modernidade, não encontrou um marco para ancorar, e suspeita-se que ele não existe.

Diante disso, pouca valia teria uma lei geral – dotada de permanência e certeza - que estabelecesse qualquer conceito definitivo em seara tão dinâmica.

Vale a pergunta: o que você entende por família é o mesmo que entendia em 1996? Em 2002? E será o mesmo em 20 anos? Esta fluidez de conceitos não é percebida nos outros Livros do Código Civil, o que reforça a tese de que a vagueza se não proposital, foi extremamente benéfica.

Se Código Civil de 2002 é incompleto, sua falha exigiu o advento de leis específicas sobre o tema de família - citando apenas algumas, recebemos as Leis 11.698/08, sobre guarda compartilhada; 11.804/08, sobre alimentos gravídicos; 12.010/09, sobre alienação parental; e 12.133/09, modificação do procedimento de casamento - que trouxeram significativos avanços a temas caros ao Direito das Famílias.

Não se percebe atualmente apenas a multiplicidade de famílias e de personagens familiares, mas a complexidade das relações pessoais, que se são emaranhadas, também são frágeis, rescindíveis e particulares. Cada família é um universo próprio, tem dimensões e dinâmicas próprias, e dificilmente se encaixa em um molde legal.

Como então seria uma Lei Geral Civil capaz de acolher todas essas famílias? Como seria a Lei plenamente aplicável aos dias atuais e vindouros? Somente uma lei genérica e imprecisa serviria de instrumento para a interpretação jurisdicional, não apenas com fundamento constitucional, mas seguindo também os avanços sociais.

Fundamentos esses que também se caracterizam pela generalidade. Vejamos:

Não há no nosso ordenamento uma definição de família, mas um conceito previsto no artigo 226, § 3º da Constituição. Se em outra época a leitura do dispositivo poderia levar à uma única interpretação - de que a família é composta por um homem, uma mulher e seus descendentes - hoje, a leitura moderna, respeitando o direito à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana, deve incluir o § 4º do mesmo dispositivo que prevê que *também se entende* como entidade familiar a sociedade formada por um dos pais e seus descendentes.

Ora, não é necessário um grande exercício de lógica para compreender que se há uma segunda possibilidade, o conceito não é absoluto. E se nem a primeira e nem a segunda possibilidade se afirmam como únicas, exclusivas ou mesmo predominantes no seu próprio conteúdo, não há impedimento lógico à conclusão de que há outras possibilidades àquele conceito.

Estamos diante das famílias homoafetivas, como todos os debates - e

magníficas decisões - acerca do tema.

Mas nos vemos diante também de grupos familiares genuinamente formados apenas por uma avó, uma mãe e um filho. Esta é uma entidade familiar com todos os efeitos civis?

Antes também não se admitia legalmente, apenas por razões morais, a existência de relações maritais simultâneas.

Confrontados com a realidade, os julgadores há tempos se veem obrigados a aceitar a possibilidade de uniões simultâneas capazes de gerar efeitos obrigacionais e sucessórios no âmbito familiar. Falta ainda consenso sobre a possibilidade de tais multiplicidades refletirem nos pensionamentos previdenciários.

É certo que tais demandas somente são apresentadas porque não há resposta evidente no Código Civil, e pela falta de resposta, estamos evoluindo a jurisdição.

A sutileza da técnica legislativa é fundamental para permitir a legalidade dos rearranjos familiares, e a reinterpretação de normas jurídicas, que em uma simbiose pouco percebida em outras situações do direito, acaba por gerar alterações no objeto de estudo – as relações sociais.

Não tenho dúvidas de que a omissão do Código gera, em alguns casos, questões de difícil solução.

Uma delas se dá em razão da ausência de previsão do direito de parentalidade.

O Código, ao tratar do poder familiar, usa o termo “compete aos pais”, usando uma imprecisão atécnica. Em artigo anterior, o 1.632, afirma como direito dos pais ter os filhos em sua companhia, mas silencia quanto ao direito dos filhos.

Aos filhos reconhece-se o direito ao nome, o direito à manutenção através do pagamento de alimentos e o direito à sucessão, mas não se reconhece o direito, e na outra extremidade o dever dos pais, de convivência. Pelo conteúdo literal, não se pode extrair esse dever legal.

Em construções jurisprudenciais, foram erguidos os acordos de visitação que transcendendo o direito de ter os filhos, impõe aos genitores o dever de se fazerem presentes. Após, ainda sob a égide do Código de

1916, passou-se a determinar a visitação ainda que contrária à vontade do genitor. Esses acordos e decisões, porém, não são dotados de executividade. Com o novo paradigma normativo, decisões foram proferidas convertendo-se a ausência em indenização, o que de fato não soluciona o problema em sua origem.

Deve ainda ser apresentada a falha na regulamentação do livre exercício do projeto parental, direito constitucionalmente reconhecido ao *casal*.

A Lei 9.263/1996, ampliou o rol de sujeitos do direito de assistência à concepção e contracepção para incluir a mulher e o homem, ambos individualmente, juntamente com o casal. Trouxe ainda, a lei significativas diretrizes para o exercício do direito constitucionalmente reconhecido.

Se o artigo 1.597 do Código Civil indica que o legislador estava atento aos avanços científicos relacionados ao tema, a ausência de norma demonstra a falta de interesse na ampliação das situações legitimadoras do exercício do referido direito, que, a toda evidência, não decorre apenas do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também do direito à vida, que deve ser compreendido em uma nova dimensão – direito à reprodução.

## CONCLUSÃO

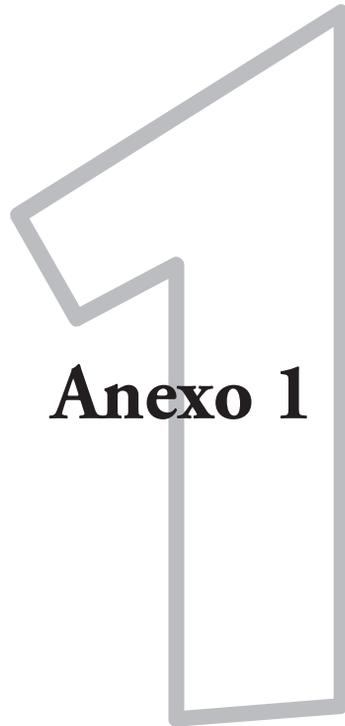
Em uma singela observação, tenho por concluir que o Código Civil Brasileiro, no Livro que se refere ao Direito de Família, foi – em sua grande parte - um humilde servo da dinâmica social, alterando o que era absolutamente indispensável diante da nova realidade constitucional, pondo-se à disposição para todo tipo de conserto, enxerto ou arremate.

O que fez o legislador foi compreender que, em se tratando de Direito de Família, eram necessárias regras básicas e fundamentos para propiciar o advento de novas leis específicas, com tramitação parlamentar mais célere. As lacunas e incertezas hão de ser preenchidas na atividade jurisdicional, observando-se cada realidade familiar.

Ilustrando, é como se, com a promulgação do Código Civil, as cha-

ves de todos os novos apartamentos de um prédio tivessem sido entregues. Naquele momento, dentro de cada apartamento, só se encontravam paredes, portas e janelas. Passados dez anos, certamente cada uma das famílias que reside naquele prédio fez um tipo de pintura, um tipo de decoração, deu seu toque particular. Passados dez anos, é possível que alguns tenham reclamações, mas certamente foi com aquelas paredes, janelas e portas, e com o vazio entre eles, que se fizeram os lares – cada um o seu, nenhum melhor que o outro. ♦





# **Anexo 1**



**EMERJ**

## Programação do Curso

# 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

## APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS

**REALIZAÇÃO:** EMERJ, ESAJ E CEDES.

**Coordenação:** Des. Carlos Santos de Oliveira, Des. Marco Aurélio Bezerra de Mello, Prof. Fábio de Oliveira Azevedo, Prof<sup>a</sup>. Mônica Gusmão.

**Carga horária:** 20 horas

***Transmissão por videoconferência***

**Dia 29/03/12**

**18 horas**

**MESA DE ABERTURA:**

Des Manoel Alberto Rebêlo dos Santos - Presidente do TJ/RJ

Des. Antônio José Azevedo Pinto – Corregedor-Geral da Justiça

Des. Nametala Machado Jorge – 1º Vice-Presidente

Des. Nascimento Antonio Povoas Vaz – 2º Vice-Presidente

Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte – 3º Vice-Presidente

Des. Leila Mariano – Diretora-Geral da EMERJ

Des. Edson de Aguiar Vasconcelos – Vice-Diretor da EMERJ

Des. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Presidente da Comissão Acadêmica da EMERJ

Dr. Cláudio Soares Lopes - Procurador Geral de Justiça/RJ

Dr. Nilson Bruno Filho - Defensor Público Geral do Estado/RJ

Des. Luiz Zveiter – Presidente do TRE/RJ

Dr. Wadih Damous - Presidente da OAB/RJ

Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares - Procurador Geral do Estado/RJ

Dr. Fernando dos Santos Dionísio - Procurador Geral do Município/RJ

Des. Sidney Hartung Buarque – Presidente da ESAJ

Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos - Diretor Geral do CEDES

## **19 horas**

- Conferência de Abertura e Homenagem ao Desembargador Sylvio Capanema de Souza.

*Legalidade e Eficácia Constitucional na Aplicação do Código Civil*

**Palestrante:** Desembargador Sylvio Capanema de Souza

## **20h15min**

*A Posse dos Imóveis como Instrumento de Garantias Fundamentais e as Limitações Ambientais.*

**Palestrantes:** Desembargadores Sidney Hartung Buarque e Marco Aurélio Bezerra de Melo

## 21h30min

Encerramento das Atividades.

## Dia 30/03/12

### 09h30min

*Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais nas Relações Negociais e Reais Imobiliárias.*

**Palestrantes:** Desembargador Marcos Alcino e Defensora Pública Ana Rita Vieira de Albuquerque

### 10h45min

*Famílias Contemporâneas na Legalidade Civil-Constitucional*

**Palestrantes:** Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira e Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

### 12 horas

Intervalo.

### 13h30min

*O Código Civil e a Defesa do Consumidor.*

**Palestrantes:** Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho e Procurador do Estado Leonardo Mattietto

## 14h45min

*Consequências do Inadimplemento das Obrigações.*

**Palestrantes:** Desembargador Carlos Santos de Oliveira e Advogado Fábio Oliveira Azevedo

## 16 horas

Coffee-Break

## 16h30min

*Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei 12.411/2011)*

**Palestrantes:** Promotor de Justiça Leonardo de Araújo Marques e Professora Mônica Gusmão

## 17h45min

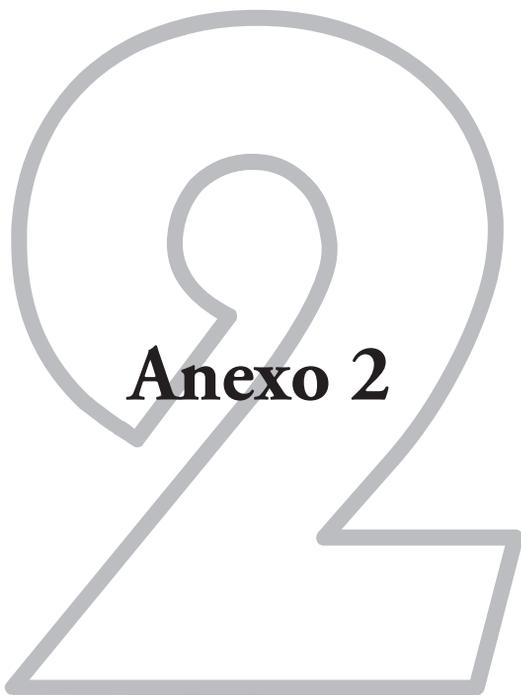
*Conferência de Encerramento e Homenagem ao Desembargador Sergio Cavalieri Filho.*

**Palestrante:** Desembargador Sergio Cavalieri Filho

*A Responsabilidade Civil nos Dez Anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência.*

## 19h30min

Encerramento das atividades.



**Anexo 2**



**EMERJ**



**PROCESSO Nº 2012062**

**PARECER Nº 2012062–0012012**

**INTERESSADA:** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

**CURSO:** Os 10 anos do Código Civil

Senhora Coordenadora de Ensino,

### **I – Relatório**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ encaminha à Enfam, em 29 de fevereiro de 2012, para fins de credenciamento, o projeto do curso denominado “Os 10 anos do Código Civil”, na modalidade presencial, com oferta de 400 (quatrocentas) vagas e carga horária de 20 (vinte) horas-aula.

O curso realizar-se-á nos dias 29 e 30 de março de 2012.

Justificando a necessidade do curso, a Escola afirma que: *“Por ocasião dos 10 anos de aplicação do Código Civil de 2002, é fundamental que os magistrados tomem conhecimento da doutrina e jurisprudência que se consolidou, mormente com relação às cláusulas gerais e os princípios. Acresça-se que o curso também objetivará a reflexão sobre os novos rumos do direito civil”*.

A EMERJ informa que o curso objetiva, de uma forma geral, levar à compreensão dos magistrados a dinâmica relativa a temas de Direitos Civis, relevantes para atuação dos referidos profissionais, atualizando-os quanto à reflexão dos 10 anos de experiência e aplicação do Código Civil.

Quanto à abordagem pedagógica, o Curso 10 anos do Código Civil desenvolver-se-á por meio de aulas interativas, voltado para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao

aprimoramento de magistrados, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, efetiva participação nas atividades presenciais em classe, além da frequência mínima a 75% das aulas do curso, aferida mediante lista de presença. Findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito muito bom, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso.

A avaliação do curso será feita pelos cursistas, através do preenchimento de folha própria de avaliação, conforme escala de valores para cada quesito, alinhada às diretrizes da ENFAM, tais como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

<b>TEMA 1</b>
<b>DIREITO CIVIL</b> <b>DISCIPLINA: 10 ANOS DE CÓDIGO CIVIL</b>
<b>EMENTA</b>
Legalidade e eficácia constitucional na aplicação do Código Civil.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Abordagem do Direito Civil Constitucional.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Refletir no papel da Constituição para o aprimoramento do Direito Civil.
<b>TEMA 2</b>
<b>DIREITO CIVIL</b> <b>DISCIPLINA: 10 ANOS DE CÓDIGO CIVIL</b>
<b>EMENTA</b>
10 anos de Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Código Civil e a Lei n. 8078/90.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Análise do diálogo das fontes normativas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

<b>TEMA 3</b>
<b>DIREITO CIVIL DISCIPLINA: 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL</b>
<b>EMENTA</b>
Cláusulas gerais e conceito jurídico indeterminado: método e legitimidade democrática nas relações negociais.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Auxiliar o magistrado a decidir em consonância com as regras e princípios que norteiam o Direito Civil na contemporaneidade.

<b>TEMA 4</b>
<b>DIREITO CIVIL DISCIPLINA: POSSE</b>
<b>EMENTA</b>
A posse dos imóveis como instrumento de garantias fundamentais e as limitações ambientais.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Posse, Propriedade e Limites.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Análise da função social da posse como garantia individual e a tutela do meio ambiente.

<b>TEMA 5</b>
<b>DIREITO CIVIL DISCIPLINA: DAS OBRIGAÇÕES</b>
<b>EMENTA</b>
Consequências do inadimplemento das obrigações.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Adimplemento e inadimplemento das obrigações.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
O estudo aprofundado dos efeitos do inadimplemento passando à análise das regras e princípios.

<b>TEMA 6</b>
<b>DIREITO CIVIL DISCIPLINA: DIREITO DE FAMÍLIA</b>
<b>EMENTA</b>
Famílias contemporâneas na legalidade civil-constitucional.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Evolução do Direito de Família e a Constituição da República.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Trazer à discussão e reflexão as recentes inovações legais, doutrinárias e jurisprudenciais no Direito de Família.

<b>TEMA 7</b>
<b>DIREITO CIVIL DISCIPLINA: RESPONSABILIDADE CIVIL</b>
<b>EMENTA</b>
A responsabilidade civil nos dez anos da codificação civil na construção da doutrina e da jurisprudência.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Da Responsabilidade Civil.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Análise da evolução doutrinária e jurisprudencial da objetivação da Responsabilidade Civil.

<b>TEMA 8</b>
<b>DIREITO CIVIL DISCIPLINA: DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA</b>
<b>EMENTA</b>
Condição do empresário individual.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Empresa individual de Responsabilidade Limitada. Conceito. Formação. Capital. Responsabilidade do titular. Distinção entre empresa, empresário, estabelecimento, sociedade e pessoa jurídica. Fraude. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Críticas. Inovações da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>
Análise das atualizações advindas com a Lei n. 12.441/11, de 11/07/11.

A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese de seus currículos.

Foi apresentada a bibliografia que foi sugerida aos cursistas, assim como seus meios de acesso.

É o Relatório.

## **II – Fundamentação**

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrado para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam através da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011; a Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, “O pedido de credenciamento para a execução do curso de aperfeiçoamento deverá ser feito, impreterivelmente, até 30 (trinta) dias antes de seu início”.

O curso em exame iniciar-se-á no dia 29 de março de 2012. O pedido foi recebido na ENFAM no dia 29 de fevereiro passado. Tempestivo, portanto, o pedido de credenciamento.

O tema “**Os 10 ano do Código Civil**” insere-se no conteúdo previsto no inciso III do art. 8º da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011:

*Art. 8º O conteúdo programático dos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:*

*I – (...);*

*II – (...); e*

*III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins como filosofia, sociologia e psicologia.*

Ademais, o § 1º do art. 2º da Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008, autoriza às escolas a possibilidade de ampliação do conteúdo programático elencado no art. 8 da Resolução nº 2/2007. Tal possibilidade ficou explícita no anexo 2 da Resolução nº 2, de 16 de março de 2009, *verbis*:

*“..... os tribunais têm liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juizes a partir de demandas mais pontuais.”*

O conteúdo programático e a carga horária se mostram compatíveis entre si, porquanto o tema “**Os 10 anos do Código Civil**” - com ênfase na legalidade e eficácia constitucional na aplicação do Código Civil; no Código Civil e a Defesa do Consumidor; nas cláusulas gerais e conceitos jurídico indeterminado; na empresa individual de responsabilidade limitada; nas posses dos imóveis como instrumento de garantias fundamentais e as limitações ambientais; nas famílias contemporâneas; e na responsabilidade civil nos dez anos da Codificação Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência - será estudado em 20 (vinte) horas-aula.

Pela análise dos currículos, vê-se que os docentes são devidamente qualificados para ministrar o curso.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *“torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, **instrumento de avaliação uniforme e adequado**, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, **obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos**”*.

No presente caso, além da exigência de frequência mínima a 75% das aulas oferecidas, os alunos deverão apresentar, findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, um texto de 5 a 8 laudas, em que aplicará a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

### **III – Conclusão**

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do **“Os 10 anos do Código Civil”**, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

À superior consideração.

Brasília, 05 de março de 2012.

Rodrigo L. D. Campos  
Analista Judiciário - Enfam

## ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

### PORTARIA Nº 89 DE 06 DE MARÇO DE 2012.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **Os 10 anos do Código Civil**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

**O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

#### RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **Os 10 anos do Código Civil**, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 201262 - Credenciamento.

Ministro Cesar Asfor Rocha  
Diretor-Geral