

10 Anos do Código Civil Brasileiro

Breve Panorama do Direito Civil

Sob a Ótica do Constitucionalismo

Viviane Alonso Alkimim¹

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

¹ 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 espalhava 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 à 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 espalharam 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. ◆