

O Código Civil de 1916 e sua convivência com a Constituição de 1988

Pedro Siqueira De Pretto¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Renato Siqueira De Pretto²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Os valores da nova ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988. 2. A interpretação do Código Civil de 1916 à luz da Constituição Federal de 1988. 3. Visão dos Tribunais acerca do Código Civil de 1916 em virtude da Constituição de 1988. Conclusões.

Palavras-chave: Código Civil de 1916. Recepção. Constituição da República de 1988. Direito civil-constitucional.

Introdução

O Direito Civil, no cenário da ordem jurídica ocidental, sempre se exprimiu como um dos ramos nucleares da sociedade. De fato, dele, de forma usual, são extraídos os principais mandamentos de convivência social, a ponto de regular a proteção do homem desde sua concepção até questões relacionadas à sua morte.

Nesse panorama, procuraremos registrar a contextualização do significativo Código Civil de 1916, passado um século de sua edição, perante a promulgação da Constituição de 1988, na visão de nossos

¹ Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura (EPM) - Núcleo Regional de Araçatuba.

² Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Professor Universitário (PUCCAMP), Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Público da Escola Paulista da Magistratura (EPM) em Campinas e Professor de Direito Tributário do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Tribunais Superiores. A propósito, uma novação de seu sentido urgia diante da evidente transmutação social, uma vez que o Código foi concebido num país agrário e em período de plena disparidade entre homem e mulher, entre cônjuges e entre filhos.

1. Os valores da nova ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988

A princípio, insofismável se registrar o expressivo legado deixado pelo Código Civil de 1916.

De fato, após uma primeva regulamentação do Direito Civil no Brasil Colônia e Império pelas Ordenações Manuelinas, Filipinas e Afonsinas e, sob a regência de Teixeira de Freitas, com um esboço de Consolidação das Leis Civis, eis que desponta o Código Civil de 1916, por meio da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com seus 1.807 artigos engendrados sobretudo por Clóvis Bevilacqua e as controvérsias no que tange à linguagem com Ruy Barbosa, até ser superado pelo Código Civil de 2002, resultado da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cujo anteprojeto teve comissão presidida por Miguel Reale, dele se originando 2.046 artigos.³

A despeito de sua revogação, o Código Civil de 1916, editado sob a vigência da Constituição de 1891, teve épica subsistência em nosso ordenamento jurídico, mantendo-se mesmo depois da positivação das Constituições Brasileiras de 1934, de 1937, de 1946, de 1967, de 1969 (Emenda Constitucional no 1/69) e de 1988.

De modo mais moderno, impôs-se sua releitura sob o foco das diretrizes e dos valores incorporados no ordenamento jurídico a partir da nova ordem constitucional de 1988. Com efeito, para se certificar da validade de determinada norma, bem como de seu alcance, é imprescindível que se realize uma verificação de sua compatibilidade com a norma superior da pirâmide legislativa.

E a atual Constituição, a partir de um movimento denominado neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo contemporâneo – alça a dignidade da pessoa humana a um papel fundamental. As demais regras e princípios apenas possuirão legitimidade na hipótese de com ela

³ Acerca da discussões de um novo Código Civil, destacou Miguel Reale (1986, p. 4): “Uma lei tem certa elasticidade, que permite relativa adequação aos novos fatos e aos novos valores. Mas, chegado um certo momento, impõe-se a substituição da regra, para que não se gere o artifício de substituí-la ou de neutralizar-lhe os efeitos mediante uma interpretação cerebrina, flagrante conflito com o texto”.

não entrar em choque. Os atos normativos que são editados contra ela, ainda que exarados do Poder Legislativo, não possuem a legitimidade necessária para serem cumpridos.

Essa já era uma linha de pensamento que há anos vinha sendo reconhecida na esfera internacional. Nos termos do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945:

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e [...].

Na mesma senda, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969), que foi objeto de internacionalização no Brasil pelo Decreto nº 678/92:

Artigo 5º. Direito à integridade pessoal

[...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...] Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (grifo não existente no original)

O arrimo na dignidade da pessoa humana representou resistência à então compreensão da legalidade pura e simples, meramente formal. Os comportamentos humanos, para que sejam reputados válidos, não devem ter seu único espreque na lei. É indispensável, também, que retirem sua validade da dignidade da pessoa humana, fundamento do

Estado Democrático Brasileiro, conforme se infere do artigo 1º, inciso III, da Lei Maior⁴.

É o aludido valor, destarte, que deve ser utilizado para a interpretação e análise da harmonia entre a Constituição e uma lei ou conduta. Tendo em vista que ocupa um significado entre o Direito e a Moral, ambas as ciências deixam de ter uma separação rígida, de modo a uma se imiscuir na outra.

Vigora um plexo de diretrizes, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas que veiculam mandamentos destinados ao Estado e às pessoas, permitindo uma maior margem de atuação e interpretação pelos estudiosos da seara jurídica. Aliás, entende-se que é possível a coexistência de princípios aparentemente contraditórios, de modo que apenas com a ponderação e a resolução do caso em si será possível se chegar à resposta adequada.

Os princípios, com a Constituição de 1988, obtêm normatividade, assim como ocorre em relação às regras. Representam vetores de interpretação, informação e integração do ordenamento jurídico. Na lição de Walter Claudius Rothenburg (1996, p. 202):

Se os princípios (constitucionais) têm sua peculiaridade, distinguindo-se por sua **natureza** (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles **expressão primeira dos valores fundamentais** expressos pela ordem jurídica, **informando sobretudo materialmente** as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio) – e nesse sentido são superiores a elas (daí por que se dizer que os princípios determinam integralmente qual há de ser a substância do ato pelo qual são executados: princípios como limite e conteúdo, enquanto as demais normas nunca chegam a determinar completamente as que lhe são inferiores).

Por ser dotada dos valores reputados como básicos aos sistemas jurídicos, a Constituição, então, passa ao centro do ordenamento.

⁴ Comenta Anderson Schreiber (2013, p. 8): “Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa ‘sempre como um fim e nunca como um meio’”. Nesse sentido é que se revela “contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.

Todos os demais ramos do Direito devem ser aquilatados à Luz do Texto Supremo. As normas do Direito Civil, especialmente do Código de 1916, com a promulgação da Constituição de 1988, apenas continuariam produzindo seus efeitos se em congruência com a Lei Maior, tipificando-se a transmutação da “Era dos Códigos” para a “Era das Constituições”.

Em grande parte, isso se deveu aos eventos perpetrados na 2ª Grande Guerra Mundial. Os oficiais nazistas valiam-se, na fundamentação de suas teses defensivas, de que teriam agido de acordo com o direito positivo germânico, de tal sorte que somente estariam cumprindo o ordenamento e, portanto, não lhes poderia ser aplicada qualquer punição. A ciência jurídica, nessa senda, não poderia se alicerçar simplesmente no argumento da legalidade. A juridicidade, em razão disso, deveria ser extraída de todos os valores contidos na Constituição. Depreende-se dos dizeres de George Marmelstein (2008, p. 11-13):

Foi diante desse “desencantamento” em torno da teoria pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que o seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. A mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. O papel aceita tudo, como bem disse Luís Roberto Barroso. Logo, o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos.

Por isso, a mera disposição da lei não é suficiente para conferir juridicidade à conduta, sendo imprescindível que ela esteja amparada por todos os valores e princípios extraídos da Constituição.

Ademais, até então, os direitos fundamentais eram tomados com uma eficácia puramente vertical, vale dizer, representariam benesse que poderiam ser invocadas tão só pelo cidadão em relação ao Estado, com o único escopo de limitar o poder deste e fazer com que a Administração cumprisse e atingisse sua finalidade. Com as ideias extraídas do neoconstitucionalismo, passa-se à análise sob um enfoque horizontal, isto é, os direitos fundamentais devem ser obedecidos – e, consequen-

temente, podem ser invocados – nas relações privadas, entre particulares, sem que o Estado ocupe uma posição imediata nessa vinculação. Como exorta Alexandre de Moraes (p. 90, 2015): “O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos (relação horizontal) e ao próprio Estado (relação vertical)”. Exemplo dessa vertente é a tutela do Direito do Consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), em que, na maioria das hipóteses, há a presença de dois particulares na relação jurídica, um deles hipossuficiente.

A Constituição é, de fato, dirigida a todos – Estado e cidadãos. A estes também cumpre promover os objetivos da República, não podendo envidar esforços contrários à construção de uma sociedade livre, justa, solidária, viabilizando uma conduta apta à redução das desigualdades e sem preconceitos (artigo 3º, incisos, CF/88).

O Direito Civil, por conseguinte, teve de se submeter à obediência da Constituição, valendo se destacar, a título de exemplo, a observância dos princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades, do respeito aos valores éticos e da paternidade responsável.

Com essa transformação, o Direito não mais justifica a si mesmo. A norma demanda uma legitimidade diversa. No escólio de Daniel Sarmento (2011, p. 80):

Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias de argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade

jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

Desse modo, e conforme será visto, todos esses direitos fundamentais, valores, opções políticas e diretrizes que são ínsitas à Constituição da República de 1988 alteraram o modo de compreensão do Direito Civil.

2. A interpretação do Código Civil de 1916 à luz da Constituição Federal de 1988

Todo o fluxo de ideias visto no capítulo anterior contribuiu para uma alteração da interpretação do sistema normativo até então existente, entre eles do Direito Civil. Realmente, a partir da nova Constituição, engendrada sob o pilar de um Estado Democrático, fez com que se pensasse na maneira que ocorreria a recepção⁵ da legislação vigente. Impôs-se, assim, ao intérprete a execução da filtragem constitucional, que, segundo Paulo Ricardo Schier (1999, p. 104), é “a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva material e formal, e assim os seus procedimentos e valores devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e atualização de suas normas”. No ponto, diversos institutos civilistas, registrados no Código de 1916, demandaram uma releitura sob a lente da Constituição de 1988. No escólio de Luiz Edson Fachin (2015, p. 49):

São nas dissonâncias que o Direito Civil, de modo especial se reabre como possibilidade para os contratos, as propriedades e as famílias, ainda que (necessariamente) dentro de seus limites. Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para os princípios constitucionais como normas vinculantes.

⁵ Explica Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 265): “Será recepcionado quando em conformidade material com a nova Constituição, recebendo dela o seu novo fundamento de validade. Assim, o princípio da recepção é o fenômeno pelo qual a Constituição nova recebe a ordem normativa infraconstitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com ela tais normas forem substancialmente compatíveis, ainda que formalmente não o sejam. Essa recepção fará com que as normas compatíveis com a nova ordem constitucional sejam incorporadas ao novo parâmetro constitucional, com as necessárias adequações de ordem formal”.

Como alhures indicado, até o advento da Constituição de 1988, o Direito Civil era a codificação que se encontrava no centro do ordenamento jurídico. Era a norma vista como ápice nas relações privadas, ocupando posição medular. As demais leis existentes eram elaboradas tendo o Código Civil como parâmetro e este era invocado para alcançar a interpretação correta de determinado preceptivo.

A Constituição Federal de 1988, todavia, alterou esse panorama. Ela se apoderou do eixo de toda a legislação elaborada no país. O Código Civil começou a ser observado à luz da Lei Maior, gerando o chamado direito civil constitucional:

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais.

Ressalto, especialmente, os estudos de Perlingieri, ao afirmar que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora e que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil constitucional reconhecido definitivamente nos meios acadêmicos e pelos Tribunais.

Na hermenêutica do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interpriadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do direito privado.

Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, isto é, a princípios e valores dos quais não

⁶ É bem verdade que a referida súmula foi editada na vigência do Código Civil de 2002. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça proferia decisões na mesma linha quando ainda vigente o Código Civil de 1916, conforme se observa, por exemplo, nos seguintes julgamentos: REsp 57606/MG, Relator Ministro Fontes de Alencar, julgado em 11/04/1995; REsp 253854/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 21/09/2000.

pode ou não deve mais ser dissociada. (PEREIRA, 2011, p. 18-19).

Pela atual compreensão, é possível extrair mandamentos diretos da Constituição, permitindo a resolução de questões a partir de seu próprio texto, sem a exata incidência de um dispositivo infraconstitucional, ou seja, não é mais mera norma indicativa, sem efetividade ou eficácia prática. Nesse vértice, aliás, foi editado o enunciado sumular nº 364 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”⁶. O escopo foi tutelar um direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à moradia, consoante o artigo 6º da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, sem se olvidar do conceito mais amplo de família, fomentado pela nova Lei Fundamental.

Destarte, é possível verificar que o novo sistema constitucional procedeu a profundas modificações nos conceitos arraigados no Direito Civil. Essas mudanças levaram ao que a doutrina denominou despatrimonialização ou personalização do Direito Civil, uma vez que o centro dessa seara deixou de ser o patrimônio da pessoa, passando a abrigar a própria pessoa – corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Esta, então, é que passa a ser o foco principal da tutela jurídica e não mais a sua propriedade. Nas palavras de Flávio Tartuce (2016, p. 1019):

É correto afirmar, na verdade, que essa divisão entre direito patrimonial e direito existencial atinge todo o Direito Privado. Tal organização ainda remete à tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio. Perde o patrimônio o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante.

[...] Prevê o art. 1º, III, da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macrop princípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.

Deveras, a coisa e seu respectivo valor deixam de ser o principal núcleo do direito. As condutas humanas não são aferidas apenas em si próprias, pelo exclusivo deleite de quem as pratica, sem considerar as demais pessoas que possam por elas ser atingidas. Devem, isto, sim, ser regidas pela sociabilidade, exatamente como dispõe o artigo 3º da Constituição ao tratar dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Na cadeia dessas alterações do Direito Civil, no campo dos negócios jurídicos, o contrato passou a exigir uma função social. Ele não deve ser elaborado para atender única e especificamente a vontade dos contratantes, de modo que se suprimam aqueles que podem ser por eles atingidos. Não é mais simples conceber um interesse público e um interesse privado; há uma imbricação entre ambos. O contrato, desse modo, não deve ser firmado com o exclusivo escopo de atender o anseio dos contratantes, mas, também, com o fito de uma melhoria social, caminhando ao encontro de não macular os interesses da coletividade, tutelando-se seus reflexos ambientais, trabalhistas, morais etc.

Nesse descortino, legislações civilistas foram editadas para administrar diversas espécies contratuais e de pessoas, dentre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Discorrem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 89):

Por incrível que possa parecer, a nossa legislação contratual – e civil em geral – somente se aperfeiçoou, alinhando-se aos sistemas mais avançados do mundo ocidental, após a entrada em vigor da atual Constituição Republicana. Com ela, valores de elevação da pessoa humana, além de princípios norteadores de um planejamento econômico sustentado, fariam com que a nossa legislação ordinária, sob muitos aspectos obsoleta, viesse a ser repensada e reconstruída.

Comprovando esse fato, veja o nosso amigo leitor quantas leis - reputadas avançadas - foram editadas após a Magna Carta de 1988: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n. 8.069/90), as Leis de Proteção à Ordem Econômica (Leis n. 8.137/90, 8.176/91 e 8.884/94, entre outras), a Lei Punitiva de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98), a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009/90) etc.

Tudo isso a demonstrar a veracidade do que dissemos: a abertura do nosso horizonte ideológico na perspectiva civil deu-se, efetivamente, após a Constituição de 1988.

Além disso, como referido, os direitos fundamentais, analisados na vertente da eficácia horizontal, passaram a ter um enfoque nas próprias relações privadas, em que não há participação direta do Estado.

Há, em decorrência, uma mitigação do princípio do “*pacta sunt servanda*”. Não é possível a estipulação de quaisquer cláusulas em uma avença, de modo que um dos contratos assuma posição de severo prejuízo. Assim é que o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece determinadas cláusulas como nulas de pleno direito.

Esse posicionamento, a propósito, é corolário do princípio da isonomia material, mandamento que se extrai da Constituição da República em diversos preceptivos, conforme se verifica, v.g., dos artigos 3º, inciso III, 4º, inciso V, 5º, *caput* e inciso I. Por meio desse ângulo da isonomia, busca-se promover a igualdade no plano fático, tonificando a parte hipossuficiente para que concorra com as mesmas condições que o outro contratante.

A propriedade, na mesma ideologia, também sofreu uma mutação em seu conceito. Ser proprietário de determinado bem não significa utilizá-lo somente para a satisfação própria. Da mesma maneira que os contratos, o direito patrimonial de que se vale a pessoa deve atingir determinada finalidade, cumprindo uma função social.

Ainda que a Lei Maior garanta, no *caput* do artigo 5º, o direito à propriedade, o texto merece uma interpretação em conjunto com seus demais dispositivos. Com efeito, o inciso XXIII do aludido preceptivo reza que a propriedade deverá atender sua função social. Idêntica inteligência é extraída ao se analisarem os princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, inciso III, da Constituição). Especificamente, o artigo 182, § 2º, da *Lex Legum* exige o cumprimento da função social da propriedade urbana, aludindo que haverá essa fidelidade na hipótese de atendimento “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Embora posterior ao Código Civil de 1916, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) contém igual demanda, complementando que deve ser assegurado o “atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”. O indicado diploma normativo, em seu artigo 5º, requisita, de igual forma, a devida utilização do imóvel, sob as penas de

parcelamento, edificação ou utilização compulsórios em relação ao solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Em caso de descumprimento dessas medidas, o artigo 7º prescreve que o IPTU será progressivo no tempo e, enfim, o artigo 8º permite a desapropriação do bem com pagamento em títulos da dívida pública.

E mesmo a propriedade rural – tão relevante à normatização instituída pelo Código Civil de 1916, uma vez que a população, à época, era, em sua grande maioria, agrária – teve ordenação de sua função social pela Constituição de 1988. De modo particular, o artigo 186 desta fixou que tal função será cumprida com: i) aproveitamento racional e adequado; ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Outrossim, o caput do artigo 184 da Lei Fundamental consagrou que o descumprimento a essas diretrizes poderá ensejar a desapropriação, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária – o que não acontecerá com a propriedade produtiva (artigo 185, inciso II).

Sumaria a doutrina sobre essa transição das titularidades:

O conceito de propriedade como direito de usar, fruir, dispor e reivindicar já não serve mais. Primeiro, por ser excludente. Enfoca-se apenas a pessoa do titular, excluindo-se a coletividade, o outro. Segundo, por trazer em si a ideia de algo absoluto, intocável. Na verdade, o conceito de propriedade não precisa e não deve abandonar a ideia de situação ou de relação jurídica, sob pena de se desumanizar. Historicamente, o abandono da ideia de pessoa, sujeito de direitos, titular de relações jurídicas, só levou à arbitrariedade e a regimes ditatoriais. Propriedade passa a ser, pois, situação jurídica, consistente em relação entre o titular e a coletividade (não titulares), da qual nascem para aquele direitos (usar, fruir, dispor e reivindicar) e deveres (baseados na função social da propriedade). Para a coletividade também surgem direitos, que se fundamentam, em sua maioria, na função social da propriedade, e deveres relativos aos direitos do titular. Em outras palavras, os não titulares devem respeitar os direitos do titular. A função social da propriedade seria, como se pode perceber, elemento externo ao conceito,

fundamento dos deveres do titular e dos direitos da coletividade, ou seja, fundamento das restrições à propriedade. (FIUZA, 2015, p. 60-61).

Esse é o programa da Constituição: infirmar o caráter individualista dos direitos e fortalecer seu viés social. As condutas humanas não podem refletir a vontade exclusiva de uma pessoa, uma vez que, em muitas oportunidades, toda a coletividade poderá ser atingida em razão de sua prática.

Passo seguinte, a nova ideologia constitucional repercutiu similarmente na área do direito de família e sucessões.

O Código Civil de 1916, notadamente na área do direito de família, estipulava diversas diferenças entre homem e mulher. De proêmio, observa-se que a apontada legislação continha a expressão “pátrio poder”, indicando que era o marido quem exercia os comandos da sociedade conjugal.

O artigo 233 do código revogado era claro ao mencionar que o “marido é o chefe da sociedade conjugal”. A ele cabia a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher. O artigo 380 aludia que, no casamento, “exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”. É certo que sobreveio a Lei nº 4.121/62, que alterou essa disposição, mas manteve ao marido o exercício do pátrio poder, com a colaboração da mulher. O parágrafo único, em complementação, rezava que, nas divergências, prevaleceria a decisão do pai - ressalvado o direito da mãe de recorrer ao juiz para solução do dissentimento. Eram diversas as disposições no sentido de que o homem era o chefe da relação, não havendo verdadeira igualdade entre os cônjuges para a consecução das questões no casamento.⁷

Esses preceptivos, contudo, a partir de 5 de outubro de 1988, passaram a ser lidos em consonância com a Constituição que, em seu artigo 5º, *caput* e inciso I, assegurou a igualdade entre todos, homens e mulheres, em direitos e obrigações. As diferenças existentes resumem-se àquelas já inseridas no Texto Constitucional. E na questão ora analisada, o artigo 226, § 5º, da Constituição precisou que os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁷ A título de exemplificação, o teor do artigo 9º, § 1º, inciso I, do Código Civil de 1916, que tratava da emancipação: “§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade: I - Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos”.

Portanto, como regra, não mais prevalecem quaisquer distinções deste jaez, seja na área da família, seja em outros aspectos inerentes à vida social. Realmente, as distinções – que não aquelas previstas na própria Constituição – não mais se justificam. A igualdade deve prevalecer, conferindo-se aos cônjuges os mesmos direitos e deveres, sem discrepâncias.⁸

Não se deve olvidar que a Constituição assegurou, além disso, o reconhecimento de diversos tipos de família, entre elas a decorrente do casamento, da união estável e da relação de adoção.⁹

O estatuto civilista de 1916 não garantia ampla igualdade em relação aos filhos. Estabelecia distinções entre filhos legítimos, havidos na constância da sociedade conjugal, dos filhos oriundos de relações extraconjugais e dos adotivos. Nessa trilha, os artigos 332, 337 e 347, os quais estatuiam que o parentesco era legítimo quando provinha do casamento. Vale asseverar que tais disposições foram revogadas explicitamente pela Lei nº 8.560/92, que tratou da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, ou seja, após o advento da Constituição de 1988. E não poderia ser diferente, porque a novel lei veio ao encontro do artigo 227, § 6º, da Constituição, segundo o qual os “filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Embora não revogadas até a vigência do Código Civil de 2002, havia outras normas do Código de 1916 que ainda estabeleciam discriminações, segundo se infere, a título de exemplo, dos artigos 379, 383, 1.065. O artigo 377 conferia guarida aos filhos “legítimos”, já que, em prol destes, excluía da sucessão hereditária os filhos provenientes da relação de adoção.

Logo, todas essas regras que estipulavam cisões entre filhos não foram recepcionadas pela nova ordem instaurada em 1988, uma vez que em frontal desacordo com seus dizeres. Extraí-se do magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 228-229):

⁸ Na lição de Paulo Nader (2016, p. 305): “Resultado desta evolução jurídica é o novo formato do casamento, que estabelece a entidade familiar fundada na igualdade jurídica entre os cônjuges, onde a gestão dos interesses deve resultar do consenso e não da vontade unilateral do varão. A ascensão obtida pela mulher foi induzida, em grande parte, pelo seu esforço, por sua afirmação na sociedade, ao deixar de ser apenas a rainha do lar, a responsável pela administração doméstica, para se engajar em diferentes campos de trabalho”.

⁹ Conforme observa Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 16): “A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. De há muito, o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio”.

Com o influxo da isonomia constitucional, não mais se tolera qualquer desnível de tratamento jurídico sucessório entre os filhos, independentemente de sua origem. Filho, enfim, se tornou substantivo que não comporta adjetivo: filho é filho e só, seja qual for a sua origem.

Biológico, adotivo, socioafetivo, decorrente de concepção sexual ou medicamente assistida, o descendente não pode sofrer qualquer tipo de discriminação em relação ao direito hereditário.

[...] Assim, com a *Lex Legum*, proibiu-se toda e qualquer discriminação entre os filhos por sua origem e designações distintivas. É o princípio da isonomia filial que sepulta, definitivamente, a classificação dos filhos em legítimos e ilegítimos e eventuais tratamentos distintivos.

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (se biológica ou afetiva). Outrossim, sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos, não mais sendo possível juridicamente atribuir a um filho a designação de adulterino ou incestuoso.

Toda essa linha de pensamento pode ser visualizada no Código Civil de 2002, malgrado o início de sua elaboração tenha precedido a atual Constituição, mas desta tendo recebido inegável irradiação.

Em pontos gerais, o novo Código teceu ponderações a respeito da função social dos contratos e da propriedade, além da igualdade entre cônjuges e filhos (respectivamente, artigos 421¹⁰, 1.228, §§ 1º, 2º¹¹, 1.511¹² e 1.596¹³).

¹⁰ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹¹ “§ 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.”

¹² “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

¹³ “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

A alteração rendeu encômios da doutrina. Como ponderou Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003):

O novo Código Civil merece o nosso aplauso, como disse, em muitos aspectos, entre os quais destaque principalmente estes, entre outros: a) o acolhimento de importante expressão jurisprudencial que se formou ao longo dos anos, pela voz de nossos tribunais, valorizando especialmente a socialização das relações privadas (pela expressa menção ao princípio da função social da propriedade e da função social do contrato); b) a inclusão do princípio da boa-fé nas negociações, bem como do princípio da onerosidade excessiva a justificar a resolução dos negócios; c) a valorização dos direitos da personalidade; d) a consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher, especialmente nas relações familiares; e) a consagração da formação da família por outros modos originários além do casamento civil (como a união estável e a estrutura monoparental); f) a flexibilização das regras sobre regime patrimonial entre cônjuges, permitindo a alteração do regime de bens; g) a integração do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, protegendo mais o sobrevivente, por ocasião do recebimento das heranças; h) a inserção de regras mais maleáveis e incentivadoras à elaboração de testamentos; i) a redução da faixa etária em prol da maioria civil; j) a renomeação do poder-dever dos pais sobre os filhos para “poder familiar”, exercido igualmente por qualquer dos pais; l) a redução do prazo para adquirir a propriedade de bens pela via do usucapião e a incorporação de regras constitucionais que admitem o usucapião fundado em razão ligada à funcionalidade social; m) a adoção de uma maior objetivação para a imputação da responsabilidade civil, em casos de danos sofridos, bem como a inclusão de autorização ao juiz para mensurar o valor da indenização com base na equidade.

Nota-se, evidentemente, que a Constituição da República de 1988 trouxe profundas alterações na legislação civilista. Diversos dispositivos do Código de 1916 ficaram, por meio da Lei Maior, revogados, uma vez

que contrários a seus princípios e normas. Outros institutos, por outro lado, percorreram uma releitura, de modo a guardar compatibilidade com a Lei Maior. E esse novo olhar sobre o Código Civil de 1916 retratou-se nas decisões de nossos tribunais, como veremos no capítulo imediato.

3. Visão dos tribunais acerca do Código Civil de 1916 em virtude da Constituição de 1988

Como mencionado nos capítulos anteriores, o Código Civil de 1916 passou por novo teste hermenêutico com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual se estribou no projeto de concretização de um Estado Democrático de Direito. Esse aspecto não ficou alheio aos tribunais, porquanto os princípios e valores da nova ordem constitucional repercutiram nas decisões das cortes brasileiras.

Antes mesmo do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido no sentido de reconhecer as ideias atreladas à função social dos contratos.¹⁴ No julgado, a Corte enunciou a existência de princípios éticos e sociais a reger as relações contratuais. Assim, identificou o princípio da transparência, “segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico”. Evidentemente, é a autenticação do princípio da boa-fé, que gera efeitos no pacto ainda que não haja cláusulas expressas, e durante todo o período, incluindo as fases pré e pós-contratuais. Consignou, também, o mesmo Tribunal que as avenças devem respeitar a segurança jurídica, saúde e dignidade, valores insculpidos no

¹⁴ DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL VERSUS CLÁUSULAS DE REAJUSTE PELOS ÍNDICES APLICADOS À POUPANÇA LIVRE. 1 - “NOS CONTRATOS REGIDOS PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO HÁ DE SE RECONHECER A SUA VINCULAÇÃO, DE MODO ESPECIAL, ALÉM DOS GERAIS, AOS SEGUINTE PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS: A) O DA TRANSPARÊNCIA, SEGUNDO O QUAL A INFORMAÇÃO CLARA E CORRETA E A LEALDADE SOBRE AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS AJUSTADAS, DEVE IMPERAR NA FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO; B) O DE QUE AS REGRAS IMPOSTAS PELO SFH PARA A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS, ALÉM DE SEREM OBRIGATÓRIAS, DEVEM SER INTERPRETADAS COM O OBJETIVO EXPRESSO DE ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES DO MUTUÁRIO, GARANTINDO-LHE O SEU DIREITO DE HABITAÇÃO, SEM AFETAR A SUA SEGURANÇA JURÍDICA, SAÚDE E DIGNIDADE; C) O DE QUE HÁ DE SER CONSIDERADA A VULNERABILIDADE DO MUTUÁRIO NÃO SÓ DECORRENTE DA SUA FRAGILIDADE FINANCEIRA, MAS, TAMBÉM, PELA ÂNSIA E NECESSIDADE DE ADQUIRIR A CASA PRÓPRIA E SE SUBMETER AO IMPÉRIO DA PARTE FINANCIADORA, ECONÔMICA E FINANCIERAMENTE MUITAS VEZES MAIS FORTE; D) O DE QUE OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA EQUIDADE DEVEM PREVALECER NA FORMAÇÃO DO CONTRATO. 2 - HÁ DE SER CONSIDERADA SEM EFICÁCIA E EFETIVIDADE CONTRATUAL QUE IMPLICA EM REAJUSTAR O SALDO DEVEDOR E AS PRESTAÇÕES MENSIS ASSUMIDAS PELO MUTUÁRIO, PELOS ÍNDICES APLICADOS ÀS CADERNETAS DE POUPANÇA, ADOTANDO-SE, CONSEQUENTEMENTE, A IMPERATIVIDADE E OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. 3 - RECURSO PROVIDO. (STJ - REsp 85521/PR, Relator Ministro José Delgado, julgado em 29/04/1996).

Texto Constitucional, bem como a vulnerabilidade de uma das partes, isto é, critério que busca aplicar os direitos fundamentais – mormente a isonomia – nas relações entre os particulares. Portanto, e conforme ressaltado, cabe ao Estado intervir a fim de recompor o equilíbrio originário do ajuste, tendo em vista que a autonomia privada deve se consubstanciar, no mais das vezes, na igualdade real dos contratantes. Explicitou que os contratos devem ser instrumentos cujos efeitos sejam “aceitos pela sociedade que contribuam para fixar uma solidariedade mais intensa entre os homens”, tendência em consonância com os objetivos da República (artigo 3º da Constituição).

Destarte, observa-se que, na área dos contratos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão alinhada à Constituição da República de 1988, realizando a interpretação do Código de 1916 com base na ordem constitucional.

O mesmo tribunal também exortou a importância da função social da propriedade. Em recurso ordinário em mandado de segurança¹⁵, ponderou que o uso do solo urbano está submetido a determinados princípios vinculados à função social da propriedade, em prol do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Logo, a propriedade não é – e não pode ser – encarada sob o pálio exclusivo de seu proprietário. A propriedade não se esgota em si mesma. Ao proprietário é exigível se valer do bem de maneira adequada, em atenção à comunidade, e não somente no seu restrito interesse, viabilizando a edição de normas atinentes ao cumprimento de determinadas posturas para as edificações.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal também decidiu¹⁶, em 1999, que o proprietário não tem direito absoluto a terra que ocupa, ponderando que a própria edificação no solo é relativa, porque condicionada à

¹⁵ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDIFICAÇÃO LITORÂNEA. MUNICÍPIO DE GUARATUBA. EMBARGO PELO ESTADO. LEGALIDADE. USO DO SOLO URBANO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. LEI E DECRETO PARANAENSE 7.389/80 E 4.605/84. O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer. A Lei 7.389/80 e o Decreto 4.605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Guaratuba, devido à mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido (STJ – RMS 8766/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 06/10/1998).

¹⁶ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já

função social da propriedade. Assim, a expedição de leis municipais que regulam o direito de construir e o seu efetivo cumprimento possui por escopo a finalidade de atender o aludido princípio. A edificação, de fato, não repercute apenas no patrimônio do proprietário, mas vai além: pode reverberar em razões de segurança, saúde e todas as questões que envolvem o planejamento urbanístico de determinada localidade. Importante consignar que a respeito das análises das posturas administrativas dessa natureza, no mesmo julgado, sopesou o Ministro Relator Carlos Velloso que não cabe ao Judiciário tecer considerações sobre o mérito das posturas administrativas municipais, incumbindo-lhe a análise de razoabilidade da limitação administrativa, mormente com o objetivo de verificar se não ocasiona a perda do direito de propriedade, hipótese em que seria possível o arbitramento de indenização.¹⁷

O Superior Tribunal de Justiça, outrossim, já declarou que o direito privado de propriedade, pela novel Lei Maior, deve se sujeitar à disciplina e à exigência de sua função social, marcando uma “passagem do estado – proprietário para o estado – solidário, transportando-se do “monossistema” para o “polissistema” do uso do solo.¹⁸

Quanto ao direito de família, da mesma forma, sobrevieram decisões tendo por norte a Constituição de 1988.

Nesse descortino, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível o ingresso no feito da esposa/doadora como assistente litisconsorcial em posição contrária ao marido em demanda por este movida.¹⁹

existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. – Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. – Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. – R.E. não conhecido. (STF – RE 178836/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 08/06/1999).

¹⁷ “[...] De outro lado, bem registrou o acórdão recorrido, não cabe ao Judiciário dizer que sobre o acerto ou o desacerto das conveniências municipais, em razão do bem comum. O que o Judiciário pode examinar é se a medida adotada na lei municipal é razoável, ou se, no caso de a limitação administrativa ocasionar a perda da propriedade, arbitrar indenização, em favor do prejudicado, num devido processo legal”.

¹⁸ “O DIREITO PRIVADO DE PROPRIEDADE, SEGUINDO-SE A DOGMÁTICA TRADICIONAL (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 524 E 527), À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 5., XXII, C. F.), DENTRO DAS MODERNAS RELAÇÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS, SOCIAIS E ECONÔMICAS, COM LIMITAÇÕES DE USO E GOZO, DEVE SER RECONHECIDO COM SUJEIÇÃO À DISCIPLINA E EXIGÊNCIA DA SUA FUNÇÃO SOCIAL (ART. 170, II E III, 182, 183, 185 E 186, C. F.). É A PASSAGEM DO ESTADO – PROPRIETÁRIO PARA O ESTADO – SOLIDÁRIO, TRANSPORTANDO-SE DO “MONOSSISTEMA” PARA O “POLISSISTEMA” DO USO DO SOLO (ARTS. 5., XXIV, 22 II, 24, VI, 30, VIII, 182, PARÁGRAFOS 3. E 4., 184 E 185, C. F.).” (STJ – MS 2046/DF, Relator Ministro Hélio Mosimann, julgado em 18/05/1993).

¹⁹ “PROCESSUAL CIVIL – ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL OU QUALIFICADA DE DOADORA - DISCUSSÃO ENTRE DOADORES E DONATÁRIOS DE AÇÕES DE SOCIEDADES – LITÍGIO FAMILIAR. I – Intervenção da

Possuindo o interesse jurídico necessário para a incidência do instituto, entendeu o Tribunal que, com a nova Lei Maior, não mais existiria o “chefe” da sociedade conjugal, considerando que ambos os cônjuges exerceriam os direitos e deveres em situação de igualdade.²⁰

Por sua vez, havia divergência no que atine à sucessão em relação aos filhos adotivos, divisão que, como visto, não foi adotada pela Constituição de 1988, a qual conferiu tratamento isonômico para toda a prole. Em algumas oportunidades, o inventário não havia sido aberto ou ultimado até 5 de outubro de 1988, data de promulgação da nova Lei Fundamental. Então, surgiu a discussão se o filho adotivo concorreria em igualdade de condições com os “legítimos”. E a decisão do Supremo foi no sentido de que não haveria inconstitucionalidade no tratamento diferenciado nessa hipótese, porque a sucessão é regulada pela lei vigente à data da sua abertura, vale dizer, do óbito.²¹ Tendo o falecimento do de *cujus* se verificado antes da edição da Constituição de 1988, não haveria afronta às suas normas o emprego da discriminação reportada. O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, também estipulava certa distinção entre os filhos.²² A questão não permaneceu incólume à doutrina atual.²³

doadora e usufrutuária de ações como assistente litisconsorcial dos filhos, donatários em ação movida pelo marido, também doador de referidas ações, contra os filhos, é legítima, face ao interesse jurídico resultante da igualdade no exercício dos deveres e direitos referentes à Sociedade Conjugal. II – Matéria de fato (Sum. 7/STJ). III – Recurso não conhecido (STJ – REsp 110783/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 03/03/1998)”

²⁰ Nada obstante, esse reflexo das normas constitucionais sobre a legislação demandou certo tempo para se concretizar, pois, por meio de decisão proferida em 1992, o Tribunal de Justiça de São Paulo (8ª Câmara Civil, Apelação Cível 164517-1, de 18/11/1992) considerou recebido pela nova Constituição o teor do artigo 219, inciso IV, do Código Civil de 1916 (“Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV – O defloramento da mulher, ignorado pelo marido”), rejeitando a tese de plena igualdade entre homens e mulheres, a qual seria “válida no que diz respeito a direitos e obrigações, não fisicamente”.

²¹ “DIREITO DAS SUCESSÕES. FILHOS ADOTIVOS. PRETENDIDA HABILITAÇÃO NA QUALIDADE DE HERDEIROS DO DE CUJUS. INDEFERIMENTO CALCADO NO FATO DE A ABERTURA DA SUCESSÃO HAVER OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA, QUE ELIMINOU O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ENTRE FILHOS LEGÍTIMOS E FILHOS ADOTIVOS, PARA FINS SUCESSÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART. 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. Inconstitucionalidade inexistente. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso não conhecido (STF – RE 163167/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 05/08/1997)”.

²² “CIVIL - FILIAÇÃO ADOTIVA – DIREITO SUCESSÓRIO. I – O LEGISLADOR NÃO REVOGOU O ART. 377 NEM O PARÁGRAFO 2. DO ARTIGO 1.605 DO CÓDIGO CIVIL, O PRIMEIRO NEGANDO DIREITO SUCESSÓRIO AO FILHO ADOTIVO QUANDO O ADOTANDO JÁ TIVER FILHOS DE SANGUE E O OUTRO RECONHECENDO O DIREITO À METADE DA HERANÇA DO QUE TOCAR AOS FILHOS CONSANGUÍNEOS, QUANDO ESTES

E a despeito da especial proteção outorgada aos filhos pela Constituição de 1988, sua inteligência não se dissocia do princípio da dignidade da pessoa humana. A propósito, assentou o Supremo Tribunal Federal que a condução do réu “debaixo de vara” à execução de exame de DNA, mesmo em caso de tema tão caro – investigação de paternidade, “discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano”.²⁴ Por isso, a recalcitrância deveria ser solucionada pela prova dos fatos, nos moldes do que, hodiernamente, preconiza o artigo 231 do Código Civil de 2002 (“Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”).

Enfim, inclusive no âmbito da responsabilidade civil, o Código de 1916 ganhou novos contornos. A título de exemplificação, o conteúdo da Súmula no 145 do Superior Tribunal de Justiça (“No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”), proveniente da redação do artigo 1.057 do Código, não seria mais adequado para disciplinar a responsabilidade civil automobilística diante da socialização do direito e a deslocação do eixo de gravitação da responsabilidade civil, da culpa para o risco.²⁵

SOBREVIEREM A ADOÇÃO. TAIS DISPOSITIVOS NÃO PODERIAM PERMANECER SE HOUVESSE SIDO SUPRIMIDA TODA E QUALQUER DISTINÇÃO NO TOCANTE AS FILIAÇÕES, QUANTO AO DIREITO SUCESSÓRIO. II – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (STJ – REsp 37506/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 15/03/1994)”.

²³ “De qualquer modo, faça-se uma ressalva em relação ao filho adotivo cujo adotante faleceu antes do advento da Constituição de 1988, mas cujo inventário não tinha sido ultimado, ou sequer aberto, em 5 de outubro de 1988. Após uma aquecida discussão, o Supremo Tribunal Federal, procurando fixar os limites da igualdade entre os filhos, fixou o seu entendimento no sentido de que o filho adotado, cujo pai adotivo faleceu antes da *Lex Legum*, de 5 de outubro de 1988, não tem direito à herança, mesmo que o inventário somente tenha sido aberto ou concluído depois do advento da Carta Magna. A nós outros, não foi a melhor solução, na medida em que o Poder Constituinte originário funda uma nova ordem jurídica, aniquilando os direitos anteriormente existentes que sejam incompatíveis. Até porque o Poder Constituinte originário constitui o Estado em conformidade com os valores que se tornaram dominantes. Assim, com a regra da isonomia entre os filhos, inclusive no âmbito sucessório, parecem-nos que mesmo para as sucessões abertas antes do advento da Carta Magna já incidiria a igualdade por ela proclamada como cláusula pétrea” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 229).

²⁴ STF, HC 71373, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397.

²⁵ “ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE BENÉVOLO. VEÍCULO CONDUZIDO POR UM DOS COMPANHEIROS DE VIAGEM DA VÍTIMA, DEVIDAMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA. – Em matéria de acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. – Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável

Conclusões

De acordo com a exposição realizada, passados 100 anos do Código Civil de 1916 e aproximando-se os 30 anos de vigência da Constituição de 1988, pode-se dizer que citado Código foi uma importante referência na regulamentação nacional do Direito Privado. Ele subsistiu, em vários de seus artigos, à nova ordem constitucional de 1988, apesar de que com uma nova interpretação, bem como à superveniência do Código Civil de 2002, o qual, com seus 2.046 artigos, na maior parte deles, reproduziu o texto de artigos já constantes no Código pretérito, mantendo, ainda, sua organicidade, com a estrutura de uma Parte Geral e de uma Parte Especial, o que mais recentemente se visualizou no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

De toda forma, o Código de 1916 realçou a prosperidade do Direito Civil, que deve ser respeitada mesmo com a doutrina da constitucionalização do direito, uma vez contemplados, naturalmente, os valores da Lei Maior instituídos pelo povo. Caso contrário, teremos mácula ao princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva da autonomia da vontade, e, igualmente, sob o ângulo da legitimidade democrática, pois o Código é fruto da vontade de uma maioria representada pelo Parlamento.

Referências bibliográficas

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: 7, sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. *Direito civil [livro eletrônico]: curso completo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4: Contratos, t. I: Teoria Geral.

pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. Recurso especial provido (STJ, REsp 577.902/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 28/08/2006, p. 279).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O novo Código Civil Brasileiro. *Jornal da USP*, ano XVIII, n. 628, 20 a 26 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp628/pag02.htm>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5: Direito de Família.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. *Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 29, n. 29, p. 199-238, 1996.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, p. 73-113, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. volume único.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

