

Revista Jus Vigilantibus – URL: <http://www.jusvi.com>

VITÓRIA (ES).

A Aplicação Direta das Normas e Princípios Constitucionais de Direito Civil

Apoenã Rosa Passos

Advogado tributarista. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil. Proprietário e editor da Revista Jus Vigilantibus – url: <http://www.jusvi.com>

Este trabalho é dedicado para a minha família:

Carlos Passos, meu pai.

Guaracy Rosa Passos, minha mãe.

Meus inesquecíveis irmãos, Ubiratan, Guacira, Jupira e Jandiara.

Eva Andreão Passos, minha mulher e mãe da minha filha Naitê.

Monografia apresentada pelo autor ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu*, em nível de especialização, em Direito Civil e Direito Processual Civil, concluído em fevereiro de 2000, promovido pelo Centro de Estudos, Pesquisas e Pós-Graduação – CEPG, do Centro Superior de Vila Velha (ES)– CSVV, da Sociedade Educacional do Espírito Santo – SEDES/UVV-ES, como requisito para a obtenção do título de especialista. Este trabalho mereceu nota máxima, pela coordenação do curso, constituído de mestres e doutores em Direito. Orientadores : Prof^a. Rachel Maria Baião Duemke (parte técnica) e Prof. Maurício Jorge Mota (conteúdo).

Sumário: INTRODUÇÃO. PRIMEIRA PARTE : APONTAMENTOS JUSTIFICADORES DA APLICAÇÃO DIRETA – CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO AO CONTEMPORÂNEO. 1. Breve histórico. 2. O valor fundamental da interpretação. CAPÍTULO II – DEFINIÇÃO DE

PRINCÍPIOS E NORMAS. 1. Considerações iniciais. 2. Definição de princípios. 3. Conceito de norma. 4. Distinção. 5. Métodos de interpretação dos princípios e normas de natureza constitucional.

SEGUNDA PARTE : O IMPACTO DIRETO DOS PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO CIVIL – CAPÍTULO I : PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS MAIS SIGNIFICATIVAS. 1. Considerações iniciais. 2. Da família. 3. A propriedade. 4. Direitos da personalidade. 5. Defesa do consumidor.

CAPÍTULO II : O IMPACTO NO CÓDIGO CIVIL. 1. Na parte geral (arts. 1º a 179). 1.1. Das pessoas naturais. 1.2. Das pessoas jurídicas. 1.3. Do domicílio. 1.4. Dos bens imóveis. 1.5. Dos bens reciprocamente considerados. 1.6. Dos bens particulares. 1.7. Das coisas fora do comércio. 1.8. Da forma do ato jurídico e da sua prova. 1.9. Dos prazos de prescrição. 2. Na parte especial (arts. 180 a 1807). 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Do direito de família. 2.3. Da propriedade imóvel. 2.4. Da propriedade literária, científica e artística. 2.5. Do penhor agrícola. 2.6. Da hipoteca. 2.7. Das obrigações, do pagamento, do compromisso e juros legais. 2.8. Dos contratos e das várias espécies. 2.9. Das obrigações por atos ilícitos e liquidações resultantes. 2.10 Direito das sucessões. CONCLUSÃO.

RESUMO

Refere-se a normas e princípios constitucionais, de aplicação direta na relação jurídica que envolve matéria de direito civil constitucional, eis que modernamente o ápice do direito civil, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com a incessante exuberância de leis especiais e extravagantes que vieram ao mundo jurídico dar sustentação aos princípios constitucionais antes referenciados, conflitam com o sistema para qual foi editado Código Civil, em 1916, idealizado numa época em que predominava o excessivo rigor do patrimônio fundado

unicamente no poder econômico capitalista, àquela altura, o patrimônio era compreendido simplesmente pelo o *ter material*, negava-se valor ao *ser humano* como pessoa detentora de outros valores, como os éticos, que se inserem também ao patrimônio. Assim, chamada de defensora da cidadania, a Constituição mediante os seus princípios e normas, no nosso caso de direito civil, passou a proteger direitos e garantias individuais de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, atribuindo mais valor ao *homem verdadeiramente* como pessoa humana, mesmo quando não dotado do referido patrimônio material. O patrimônio, passou a ser um conceito que qualquer pessoa humana possui. Mesmo que completamente destituída de bens materiais toda pessoa humana tem um patrimônio que deve ser preservado e defendido quando não respeitado por outrem, seja quem for : a dignidade, a honra, a boa reputação, a privacidade, o direito à saúde, à igualdade, à liberdade, à segurança, o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, e tantos outros. E isso, na verdade foi uma revolução de cunho jurídico devastador para o nosso velho Código Civil, feito para uma época tão distante, que não resistiu a tamanho impacto.

INTRODUÇÃO

Em incessante objeto de pesquisa, buscamos a demonstrar, o que a nosso ver, a maioria dos nossos colegas profissionais do Direito, deixam de aprofundar numa análise mais apropriada, quando diante de um caso concreto, deparam-se com questões vinculadas ao direito civil, para a aplicação nas suas atividades forenses. Dito de outra forma, não se tornou prioridade, ainda, antes de qualquer outra providência, buscar a apreciação da supremacia das normas e princípios constitucionais de direito civil, que hoje, em face da fragilidade das leis civis infraconstitucionais, em especial o Código

Civil de 1916, prevalece o texto da Constituição Federal.

O nosso Código Civil, assim como outros códigos de sua época, prescrevia todas as diretrizes de natureza civil daquele tempo. O Código Civil, no denominado período da codificação, que imperou no início do século, marcou e dignificou o estatuto supremo que regulava todas as relações jurídicas do direito civil, com a supremacia que seus idealizadores procuraram estabelecer. A era da codificação teve o seu lugar, a sua importância e o seu momento, bem assim como em outros países desenvolvidos daquela época. E no Brasil, como não poderia deixar de ser, assim trilhou o mesmo caminho, sendo o nosso Código muito influenciado pelo Alemão.

Entretanto, a evolução do tempo foi ditando outras regras. Assim, podemos demonstrar neste estudo de pesquisa que realizamos a realidade dessa transformação, que sabiamente o tempo foi conselheiro. Modificação essa não em sentido de desprezo e insatisfação com aqueles proeminentes juristas realizadores de uma obra imortal e de inegável cultura jurídica. Mas é forçoso reconhecer, a grande evolução social, econômica e jurídica que aconteceram em quase noventa anos de existência do Código Civil. As transformações dogmáticas do direito civil como idealizadas naquele tempo, com o surgimento abundante dos microssistemas e da Constituição Federal, que atualmente dominam a maior parte de uma estrutura jurídica estabelecida em um só ordenamento disciplinador do direito civil, assim como de outros ramos do Direito, diferentemente do ideal dos cultos juristas, que na época da formação do nosso monossistema civil, tiveram a intenção de fazer do Código uma espécie de Constituição do país, com exclusividade para estar em um plano superior, e desse modo regulasse todo o ordenamento civil.

Nosso trabalho, a par de uma exaustiva pesquisa técnica e científica, coerente com a realidade atual, tenta mostrar que hoje, na maioria dos casos, predomina as normas e princípios decorrentes da nossa

Lei Maior, de aplicação direta.

Conquanto, com o fito primordial de não recair em conjeturas, visando a dar maior entendimento ao nosso propósito, vamos especificar com a clarividência necessária, o nosso primeiro enfoque, qual seja, a necessidade de demonstrar um breve relato da codificação, e o porquê ela foi perdendo o seu significado em favor da Constituição Federal, para ao final, podermos ser melhor entendido, assim como construirmos uma base sólida de comprovação da realidade da nossa pretensão, que é o verdadeiro conteúdo e o esboço coerente de nossas afirmativas.

Vamos sentir, no decorrer da leitura deste texto monográfico, que imediatamente após à elaboração do Código Civil, já começaram a surgir leis extravagantes, como ele incompatível. Isso porque, o nosso legislador, na sua magnífica expectativa, de num só texto, unificar toda a nossa legislação civil, na idéia de ser mais eficaz a sua operacionalidade e consulta, eis que compreendida por um sistema unitário, tal perspectiva não se confirmou. Idéia esplêndida, mas de prática não idealizada, posto que, a superveniência imensa de leis extravagantes desde o período de sua elaboração até aos dias atuais, tudo isso aliado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fez com que o ideal proposto para a codificação tomasse outro rumo. Perdeu assim, definitivamente, o Código Civil, a supremacia do direito civil constitucional, como muitos imaginavam, em favor da própria Constituição Federal, que tratou de inserir no seu texto, princípios e normas de ordem civil, voltadas para a modernidade dos tempos atuais, por vezes impondo normas de ordem pública, interferindo e diminuindo a autonomia privada. Esse procedimento fez muitos a pensarem que o nosso direito civil passou a ser, na sua maioria, um direito público, em decorrência das novas concepções introduzidas na Constituição Federal de 1988. Isso, todavia, não corresponde à realidade como veremos a seguir, bem

desenvolvido na primeira parte, capítulos I e II, mediante opiniões dos melhores doutrinadores civilistas.

No capítulo I, da primeira parte, preocupamos em demonstrar, como o Código Civil foi gradativamente perdendo o seu significado, e o valor que o poder da interpretação se insere na vida do profissional do Direito. No capítulo II, ainda da primeira parte, demonstramos a fundamental importância de se distinguir o que são normas e princípios constitucionais, bem assim os métodos, também sustentados noutros princípios do Direito, que são utilizados para dirimir determinados casos, quando houver conflito de normas com normas, princípios com princípios, e etc.

Dividimos a última parte, ou seja, a segunda parte, também em dois capítulos. No primeiro, a nossa demonstração se atém a narrar alguns aspectos dos ramos do direito civil, a nosso sentir, os mais atingidos pela aplicação direta das normas e princípios constitucionais do nosso direito privado, que são a família, a criança e o adolescente, o direito à herança, a proteção ao idoso, a propriedade e o seu fim social, os direitos da personalidade e a proteção do consumidor. O segundo capítulo, é fruto de uma pesquisa profunda, e demonstra de forma evidente a importância fundamental que o aplicador do Direito, antes de qualquer providência, deve em primeiro plano consultar o mais profundo possível, as normas e princípios constitucionais de direito civil, em razão do efeito devastador que provocaram no Código Civil, e em toda legislação civil em geral.

O nosso respeitável e digno monossistema, está hoje, quase totalmente falido. Dele restou alguma prática, em decorrência daqueles notáveis juristas que o construíram e o dignificaram de forma indelével, mas que mesmo assim, requer cuidadosa análise, como já advertimos inicialmente, antes de qualquer procedimento na nossa vida profissional.

PRIMEIRA PARTE
APONTAMENTOS JUSTIFICADORES DA APLICAÇÃO DEIRETA
CAPÍTULO I
EVOLUÇÃO AO CONTEMPORÂNEO

1. Breve histórico.

Inicialmente torna-se necessário traçar um breve registro histórico da formação e elaboração do processo de codificação do direito civil em nosso país, a filosofia para que época foram codificadas as nossas leis civis, e o porquê o Código Civil perdeu o seu papel de Constituição do direito privado em favor da própria Constituição Federal.

Codificação é o agrupamento de normas jurídicas da mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo. Muito se discute a respeito das vantagens e desvantagens da codificação. Nesse sentido, entendemos, que a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucional atual não recomenda a sua continuidade. Como conveniente,

"apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que 'servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real', o que explica o triunfo da codificação nos três séculos. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas." [1]

Precede ao nosso Código uma lei de introdução, Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, parecido com o Código Alemão.

Divide-se em duas partes. Parte Geral (arts.1º a 179), e Parte Especial (arts.180 a 1.807).

Era o Código Civil a Constituição do direito privado, assim como outros códigos de sua época. A sua concepção é infinitamente

distante da realidade atual. O espírito de sua era tinha outro sentido, porquanto, àquela altura o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil. Afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos – que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado." [2]

Mas logo após a sua vigência já começaram a aparecer as leis extravagantes. O contingente de leis avulsas, a partir dos anos 30 é fulminante. O velho Código Civil, esperança de longevidade eterna vai perdendo o seu caráter de estatuto maior e único do ordenamento civil, em favor dos microssistemas e da Constituição.

Começa a aparecer o dirigismo contratual pela intervenção do Estado na vida privada. Diminui a autonomia privada. Urge a necessidade da releitura dos dispositivos do Código Civil em harmonia com os microssistemas e a Constituição Federal. Passamos do monossistema ao polissistema; para as leis extracodificadas. Diante dessa transformação, o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação

extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.

A legislação especial é o instrumento dessa profunda alteração, avalizada pela Constituição da República. O Código Civil preocupava-se em garantir as regras do jogo (a estabilidade das normas); já as leis especiais as alteram sem-cerimônia, para garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado. O Poder Público persegue certas metas, desenvolve nesta direção programas assistenciais, intervém conspicuamente na economia, vale-se de dirigismo contratual acentuado. O legislador trabalha freneticamente para atender à demanda setorial crescente, fala-se mesmo em uma 'orgia legiferante.'" [3]

O ponto de referência antes localizado no Código Civil mostra-se frágil, deslocando-se grande parcela do seu ordenamento antigo para a Constituição Federal. O jurista vê-se na obrigação de interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código Civil. Destaca-se, pois, por essa razão, o valor da aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil.

Fazendo assim, um comparativo entre a realidade de ontem e a de hoje, entendia Rui Barbosa, àquele tempo, que um Código teria que ser um corpo de leis que, por sua natureza, não devia responder às necessidades de um momento histórico, senão reger uma época; superestimada a sua elaboração ao ponto de querer que viesse a ter longevidade secular e que, reclamava pela cultura intelectual do país para substituir leis e regulamentos acumulados sobre o fundo de normas quinhentistas, fosse uma obra pura e durável, ao nível da codificação alemã, então recente.

Essa generosa expectativa não se confirmou. Ainda adolescente, começou a ser mutilado e, com o passar dos anos e o desenvolvimento do país, foi perdendo substância e magnitude. Leis

avulsas em número alarmante seguiram-se à política de institucionalização de microssistemas, que, por sua vez, traduziam novas diretrizes do pensamento jurídico traçadas nas sucessivas Constituições. E, assim, destinado a ter longevidade secular, o Código Civil agoniza ao perder o seu significado de repositório de todo o direito privado e de centro da experiência jurídica de um povo. Esvaziou-se no seu conteúdo e perdeu o seu sentido." [4]

2. O valor fundamental da interpretação.

Com efeito, em face do rigor constitucional, as suas normas e princípios são dotadas de supremacia e aplicação direta segundo o caso a ser examinado pelo intérprete. Há de haver uma interpretação metodológica, dentro dos padrões jurídicos da hermenêutica, a fim de evitar aplicação de lei infraconstitucional ou mesmo lei ordinária que atendeu ao comando do ordenamento constitucional, evitando o seu conflito com a Lei Maior. As normas de direito civil em geral têm imperiosa necessidade de ser interpretadas, hodiernamente, como reflexo das normas constitucionais. Todo ordenamento civil, codificado ou não, deve ser interpretado conforme os princípios e regras da Constituição. Não somente na relação entre o Estado e o indivíduo, assim como na relação intermediária individual, embutida no patamar de modelos próprios de direito privado, a hermenêutica do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição.

É nesse patamar que queremos expor o nosso entendimento no que se refere à aplicação direta das normas e princípios constitucionais. Queremos questionar e responder segundo a nossa ótica, e mediante aquilo que será objeto de pesquisa no transcurso do trabalho. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária da norma e princípios constitucionais diante das relações pessoais,

sociais e econômicas.

Um bom exemplo do que queremos mostrar, fato já vulgar no seio jurídico de responsabilidade civil, é o caso da aplicação direta do texto constitucional no que se refere à indenização por dano moral em decorrência do art. 5º, X, da nossa Constituição, ao dispor que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" porquanto antes da sua promulgação, vacilava muito os nossos Tribunais acerca da indenização a dano moral, principalmente nos casos de cumulação com o dano material. Hoje a aplicação cumulativa já está pacificada em nossa doutrina e jurisprudência, já que o velho Código Civil pouco trata a respeito, consoante a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Outro questionamento proveniente da aplicação direta das normas e princípios constitucionais, é no que respeita ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. A Constituição dispensou tratamento diferenciado à mulher somente ao serviço militar obrigatório, assim mesmo em tempo de paz. [5]

Tema tão precioso modernamente, não se esgota ante aos questionamentos antes referidos. Vai bem mais fundo do que podemos imaginar. Vê-se, portanto, a importância primordial da aplicação do direito civil em obediência aos princípios e normas constitucionais, que lhe estão acima.

Não podemos pois, deixar fora de registro, colocações tão bem apropriadas relacionadas às mudanças de uma época para outra, assim descritas:

"Após evidenciado o profundo desajuste da codificação civil brasileira ante a realidade com que se apresentam as relações fáticas da vida, delineiam-se perspectivas e possibilidades de 'repersonalização' de institutos essenciais, tais como a propriedade, o contrato, e a família.

O Código Civil, antes elaborado com a finalidade de centralizar o sistema de regras jurídicas destinadas a reger as relações de natureza privada, cede lugar à chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado. Em consequência, a Constituição sucede o Código Civil como ponto de atração do sistema normativo, traduzindo, assim, a perspectiva do Estado de Direito.

Afastada a dicotomia clássica entre o privado e o público, na medida em que o ordenamento é visto como unidade e 'o Direito Civil passa a ser o direito dos cidadãos frente ao Estado'.

Nessa ordem de idéias, legislador e intérprete centralizam sua preocupação na função social dos institutos privados, buscando realizar os interesses existenciais e individuais da pessoa humana, favorecendo, assim, o seu pleno desenvolvimento como tal.

Enfim, a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o ser é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo ter, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava com simples pólo de relação jurídica." [6]

De importante esclarecimento que princípios e normas de direito civil que devem ser aplicados no Estado brasileiro, estão enumerados na Constituição de 1988. Esses princípios produzem efeitos na interpretação das normas e na aplicação do direito civil. Dentre esses princípios podemos destacar o da "dignidade da pessoa humana", bem assim o objetivo fundamental inscrito na Lei Fundamental, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." [7]

Entretanto, a coisa não parece tão fácil assim, porquanto na aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil, a responsabilidade do intérprete requer aprimoramento de técnicas jurídicas; a clareza é de suma importância para se almejar o aperfeiçoamento interpretativo; não pode, pois, ser algo mecânico fragmentado, autômato, sem sustentação de base nas ciências hermenêuticas, posto que, "[...] os intérpretes, se não são copiadores e repetidores, são autores, criadores, 'sem mediações', 'extraído do princípio do direito e trabalhando em torno das fontes do direito'; por isso todos eles são garantes, de modo qualitativamente igual, da adequação do que foi interpretado. É uma chamada à autoridade e à responsabilidade da interpretação individual e coletiva que não é inútil no atual momento histórico." [8]

Saindo do assunto referente à lei substantiva civil, mas conservando a mesma linha de raciocínio, para demonstrar quanto teremos de pesquisar mais adiante, a fim de chegarmos a uma conclusão eficaz, saliente-se que o foro privilegiado da mulher consoante previsão do art. 100, I, do Código de Processo Civil, a jurisprudência entende que conflita com o princípio da igualdade entre os cônjuges, instituído pela Constituição Federal (art. 226, §5º). O aresto proferido nesse sentido tem cunho unicamente interpretativo, fundamentado no princípio da igualdade antes referenciado, insculpido da Lei Maior, negando vigência a dispositivo de lei infraconstitucional.

Atentem ao conteúdo expendido na ementa da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp 27483/SP, de 04/03/1997, publicada no DJ, de 07/04/1997, p. 11.112 :

"PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO – COMPETÊNCIA – CASAL ESTRANGEIRO – CASAMENTO CELEBRADO NA ARGENTINA.

I – A norma do art. 100, I, do Código de Processo Civil, não é absoluta. Se a mulher não oferecer exceção de incompetência do

juízo, em tempo hábil, a competência territorial estará prorrogada por vontade das partes.

II – Consoante a doutrina e jurisprudência ‘em se tratando de cônjuges estrangeiros, com um deles domiciliado no exterior, não tem prevalência o foro privilegiado da regra processual, eis que preponderam para serem observadas as normas de sobredireito em seu caráter geral’. Tal privilégio assim estabelecido a benefício da mulher casada, já não mais prevalece, porquanto conflita com o princípio da igualdade entre cônjuges, proclamado no art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988. Incidência na norma inserida no art. 94, do CPC.

III – Recurso reconhecido e provido. [9]

O nosso objetivo em reproduzir a ementa acima, não tem finalidade nenhuma de desvirtuar a nossa pretensão, que é a de restringir este trabalho unicamente aos assuntos de natureza civil, ou seja, tentaremos demonstrar o impacto que tomou determinados dispositivos do Código Civil, em decorrência dos princípios e normas constitucionais proclamados pela Constituição de 1998. A nossa demonstração com a matéria de cunho processual civil, tem razão de ser, isso porque é uma situação jurídica que já foi levada ao judiciário, e assim, estabeleceu-se uma jurisprudência, mesmo que ainda não sumulada. Inúmeros casos outros que também já sofreram a repercussão da aplicação direta da Constituição ainda não tiveram a oportunidade de serem apreciados pelo judiciário e, a doutrina, nesse sentido, a nosso ver, não se mostrou muito sensibilizada com o tema.

Esse entendimento assentado na ementa reproduzida não é pacífico entre os doutrinadores, mas não é aqui o momento oportuno de adentrar em debate. Reservamos a nossa opinião para outra parte do trabalho.

São poucas as fontes doutrinárias relativas ao que pretendemos

demonstrar. As obras doutrinárias, embora falem sobre a aplicação direta da Constituição, nessa parte são muito lacônicas, reservam, na sua maioria, a comentarem sobre o Direito Constitucional Civil, Direito Constitucional da Família, etc.

Voltamos a afirmar o valor da interpretação nos casos da aplicação direta das normas e princípios constitucionais. Para tanto, não podemos deixar passar em branco ensinamentos tão brilhantes:

"Certamente, o caráter sistemático da interpretação, que encerra em si a própria atividade cognitiva, enquadrando cada normativa ao panorama geral do ordenamento, deve inspirar-se nas normas constitucionais. Todavia, a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, da dupla asserção de mera interpretação a partir dos princípios constitucionais e de individualização da justificativa da normativa ordinária sob a ótica funcional, não utiliza plenamente as potencialidades das normas constitucionais.

Idêntico juízo também deve ser expresso àquela opinião – da dita ‘aplicabilidade (somente) indireta’ – pela qual a norma constitucional poderia disciplinar uma relação civil unicamente através da concomitante aplicação de uma norma ordinária, de maneira que, à falta de uma norma ordinária aplicável ao caso concreto, àquela constitucional não poderia atuar sozinha. As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas.

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de relação jurídica de direito

civil. Esta é a única solução possível, se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos. Seria fácil extrair da análise de significativas orientações da doutrina e dos Tribunais uma confirmação da conclusão alcançada. Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário -, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada." [10]

"O interprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema." [11]

Mas daí decorrem vários outros questionamentos necessários e imprescindíveis, para dar maior enfoque à compreensão do tema. Como por exemplo, se as normas e princípios constitucionais de natureza civil têm o mesmo conceito ou não. Qual é a distinção entre ambas ? A distinção tem importância relevante para o aplicador e intérprete do Direito ? É justamente isso, aliado a tudo já dito, que tentaremos demonstrar mais adiante. E mais, em face da aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil, quais dispositivos do velho Código Civil continuam vigorando, e quais necessitam de uma releitura ? "O cientista, para reconhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito." [12] Não obstante, antes de recorrer acerca de quaisquer regras de interpretação, "é fundamental registrar que as Constituições, de modo geral, não costumam trazer determinações a respeito de sua própria interpretação. Essas regras podem, porém, ser extraídas do próprio

sistema." [13]

É buscando interpretação idêntica, que iremos demonstrar que foram fulminados vários dispositivos do Código Civil. Simultaneamente surgiram normas de ordem pública relacionadas a diversos ramos do direito privado, tais como a proteção da criança e do adolescente; do idoso; direito de propriedade e o seu fim social; garantia à herança, defesa do consumidor, tornando-se "necessária a adoção de leis especiais, em ritmo acelerado e em grande profusão, na tentativa de adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil)." [14]

Assim, temos que primeiramente identificar qual o sistema interpretativo que o Direito nos permite, antes de qualquer aprofundamento. A nosso sentir, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4,657, de 04 de setembro de 1942), nos fornece esse alcance, ao dispor em seu art. 5º que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." Por via de consequência,

" [...] o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, [...] no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude da verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, privilegiar os valores existenciais sempre que leis se contrapuserem os valores patrimoniais.

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais [...] e consoante que técnica se torna possível aplicar as regras constitucionais no campo do direito civil.

A primeira referência diz respeito à teoria da interpretação, ao art. 5º da LICC, dispositivo que, regulando a aplicação das normas jurídicas,

serve de porta de entrada para os valores constitucionais na legislação civil, ao determinar que, 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum'. As finalidades sociais da norma e exigências do bem comum foram já delimitadas pelo legislador constituinte quando da elaboração do Texto Constitucional. Do que resulta que, a teor do disposto, a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na sua recriação pelo Juiz, não resta submetida ao livre arbítrio do Magistrado ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente vinculada aos valores primordiais do ordenamento jurídico.

Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico. [...] Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. [...] Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o Juiz de o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular 'sensibilidade constitucional' que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição." [15]

Razão assiste a Miguel Reale, quando afirmou que:

" [...] o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado;

é para ser operado. Porque, no fundo, o que é que nós somos – nós advogados ? Somos operadores do Direito : operamos o Código e as leis, para fazer uma petição inicial, e levamos o resultado de nossa operação ao juiz, que verifica a legitimidade, a certeza, a procedência ou não da nossa operação – o juiz também é um operador do Direito; e a sentença é uma renovação da operação do advogado, segundo o critério de quem julga. Então, é indispensável que a norma tenha operabilidade, a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades, que hoje ainda entravam a vida do Código Civil." [16]

Não se esgota aqui o valor da interpretação das normas jurídicas, especialmente aos princípios e normas constitucionais de direito civil. Não é raro, e com frequência vemos nos noticiários, bem assim na nossa vida profissional, por exemplo, o presidiário saber decoradamente, o número do artigo do Código Penal que está incluso. Muitos chagam a decorar o Código por inteiro.

Nos colégios aprendemos a decorar a tabuada, mas memorização e ciência não se confundem. Temos que reconhecer a hermenêutica jurídica verdadeiramente como ela é, ou seja, como ciência. Não basta, pois, decorar a tabuada, para ser um bom engenheiro. Dentro dessa ótica,

"a lei, todos podem conhecer. A hermenêutica, porém, só os iniciados na ciência jurídica logram aplicar. E só os experimentados jurisconsultos chagam a dominá-la.

E nem se diga que a interpretação da norma jurídica é, na maioria das vezes, dispensável, em face da clareza do texto. Este, mesmo quando aparentemente claro, comporta, sempre, interpretação.

A máxima, portanto, *interpretatio cessat in claris*, que se tornou para muitos axioma, não tem razão se ser. A lei, mesmo clara, requer o trabalho do intérprete. E é este que fixa, sem dúvida, o valor do advogado e do jurista. [...] Pouco importa, no caso, a denominada mens legislatoris (o espírito do legislador). Embora tenha este

influência capital na formação da lei, torna-se esta autônoma, logo que promulgada, decorrendo de seu próprio conteúdo todas as implicações exegéticas. [...] Nem sempre, quando os textos envelhecem, se dá a substituição da lei; daí, a necessidade, muitas vezes, de sua atualização, em parte pelo menos, por via interpretativa, para fugir-se à própria injustiça social. [...] Já vai longe o prestígio do método tradicional, empregado pelos intérpretes do Código de Napoleão, da chamada escola da exegese, para qual a norma legislativa era um dogma, marcada pela vontade do legislador, [...] a lei é um dogma, de que se não deve afastar o intérprete. Quando clara, reduz-se a interpretação a pôr em relevo o sentido dos vocábulos, através do método literal; quando obscura, a descobrir o pensamento do legislador, nela implicitamente contido. É a era do fetichismo e do formalismo legal, que hoje já não podemos compreender, diante de toda uma revolução que se processou no setor da hermenêutica jurídica." [17]

CAPÍTULO II

DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIOS E NORMAS

1. Considerações iniciais.

A doutrina não define com precisão o que são princípios e normas constitucionais. Os dicionários da nossa língua limitam a definir princípio e norma, sem no entanto estabelecer uma definição aplicável ao campo jurídico. Não poderia, pois, ser diferente, porquanto exigir daqueles sem afinidade com as ciências jurídicas uma definição de assunto não afeto à sua área, seria um contra-senso.

Dentre os princípios fundamentais, os mais importantes, por escolha do constituinte, estão os previstos no título I da Constituição, que englobam os seus quatros artigos iniciais.

Para o nosso trabalho, entretanto, destacamos o princípio da

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), pois que, estabelece ao aplicador do Direito ou ao intérprete um vasto campo de atuação e aplicação na esfera civil.

Mas não é somente nestes quatro primeiros artigos que a Constituição trata de princípios. Noutros setores do seu texto vamos encontrar outros princípios, assim como normas de importância relevante. De se registrar os princípios gerais da atividade econômica inscritos no art. 170, I, II, III,IV,V,VI,VII, VIII e IX, que têm por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

2. Definição de princípios.

Podemos definir princípios, no plural, como:

" [...] as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. [...] Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos." [18]

Relativamente às normas, não encontramos nenhum registro no seu

sentido plural como encontramos para a definição de princípios. Mas isso não importa. O que é importante é estabelecer as duas definições, para que, ao final, possamos estabelecer uma distinção compreensível, isenta de dúvidas. Essa é a nossa pretensão, embora muitos autores advertam para a difícil distinção entre princípios e normas. Essa advertência pode até ter fundamento, mas para os iniciantes na graduação do Direito.

3. Conceito de norma.

Assim, norma,

" [...] dentro do sentido literal, é tomado como regra, modelo, paradigma, forma ou tudo que se estabelece em lei ou regulamento para servir de pauta ou padrão na maneira de agir.

Assim a norma jurídica (*praeceptum juris*), instituída em lei, vem citar a orientação a ser tomada em todos os atos jurídicos, impor os elementos de fundo ou de forma, que se tornam necessários, para que os atos se executem legitimamente. É o preceito de direito.

Nela, pois, está contida a regra a ser obedecida, a forma a ser seguida, ou o preceito a ser respeitado.

A norma, portanto, bem se revela a esquadria legal que vem traçar as medidas necessárias para a regularidade jurídica do que se pretende fazer. [...] Do vocábulo se forma o adjetivo normativo, para designar todo texto legal, ou que se firma uma regra ou um modelo, que deva ser seguido na prática dos negócios jurídicos.

Normativo, destarte, é o que tem força de norma ou vale como norma." [19]

Reproduzidos os dois impecáveis magistérios, a conclusão que se extrai nos parece compreensível. Não pode haver tanto motivo para dificuldade. Assim podemos determinar a distinção.

4. Distinção.

De se notar que princípios correspondem um grau de supremacia diante das normas. Os princípios não necessitam de disposição

expressa no texto da Constituição. Podem ser implícitos. Diferentemente das normas, os princípios exigem do intérprete do Direito, maior dificuldade na sua aplicação e operabilidade. Assim, em termos práticos, temos como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana. Veja que não há norma estabelecida. Na sua aplicação, o poder interpretativo está num grau bem mais elevado. A sua norma será estabelecida caso a caso, por via de interpretação do caso concreto. Já para as normas, o texto da constitucional oferece um grau menor de interpretação, isso porque o seu texto é mais amplo, já vem praticamente regulando a sua aplicação direta. Como é o caso, por exemplo, do disposto no art. 5.º, IX, que determina ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Aqui o texto é mais claro, amplo, já está determinado. O grau de interpretação é menor, embora toda lei mesma clara, sempre requer interpretação, como já nos referimos na primeira parte, capítulo I, item 2.

Há casos outros, que a Constituição estabeleceu princípios, todavia estes princípios foram regulados por lei ordinária. Um exemplo disso é o princípio de que trata o art. 5º, XXXII, dispondo que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;". [grifo nosso] Ao dispor "na forma da lei", o constituinte remeteu as normas disciplinadoras desse princípio para a lei ordinária. Esse princípio é conjugado com o art. 170, VI, das disposições permanentes, e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [20] Outro caso de norma constitucional, também de aplicação direta, é o contido no art. 5º, XXVII, disciplinando que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;". [sem grifo no original] Neste caso as normas da Constituição já foram estabelecidas, ficando reservado à lei ordinária, somente fixar o

tempo.

A Constituição é uma lei em grau hierarquicamente superior às demais. É por essa razão que o seu texto tem aplicação direta, ou seja, a Carta Magna recepcionou todas as legislações com ela compatíveis e, por via de consequência, não recepcionou àquelas que colidiram com seus princípios e normas.

Quando entrou em vigência a nossa Constituição, em face da sua aplicação direta, aplicou-se o disposto no § 1º do art. 2º da LICC (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), que estabelece que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior." Essa aplicação harmonizou-se com seus §§ 1º e 2º, do art. 5º. Senão vejamos:

"Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Dúvida, pois, não existe quanto à aplicação direta das normas e princípios constitucionais.

Entretanto, no que se refere a distinção de conceito, muitos doutrinadores especializados em Direito Constitucional, costumam enveredar em verdadeiras elucubrações, o que vem tornar realmente um pouco confusa essa distinção. Diante do nosso trabalho, vamos nos posicionar no sentido que,

" [...] as regras e os princípios constituem duas espécies de normas jurídicas (normas-princípio e normas-disposição), e, portanto, a distinção entre ambos seria uma distinção entre normas diversas.

Como se pode observar, não é simples firmar essa distinção, mas há

inúmeros critérios sugeridos pela doutrina, [...] primeiro [...] seria o grau de abstração: os princípios teriam um grau bem maior de abstração comparativamente às regras.

Outro critério apontado seria o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto. Em outras palavras, as regras seriam suscetíveis de aplicação direta ao caso concreto, ao passo que os princípios, em razão de sua indeterminação, necessitariam de mediações concretizadoras.

Um terceiro critério a ser citado seria o caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do direito. Os princípios são normas com papel fundamental no ordenamento jurídico, em virtude de sua posição hierárquica no sistema das fontes.

A proximidade da idéia de direito poderia ser acrescentada como um quarto critério. Os princípios são padrões juridicamente vinculantes, centrados nas exigências da 'justiça'. Por sua vez, as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo simplesmente formal.

Para finalizar, a natureza normogenética seria o último critério: os princípios constituem o fundamento das regras, desempenhando, portanto, uma função normogenética fundamentante.

Diante de tantos critérios, resta claro que a distinção entre princípios e regras se apresenta bastante complexa. Tal complexidade pode resultar [...] do fato de não se saber qual a função dos princípios e, ainda se existe um denominador comum entre regras e princípios.

Pois bem, em relação à função dos princípios, temos que são multifuncionais, ora exercendo função argumentativa, ora funcionando como normas de conduta.

No que toca à segunda questão, é necessário destacar que os princípios são verdadeiras normas, bem como regras jurídicas. Todavia, entre essas duas espécies de normas encontramos diferenças qualitativas.

Primeiramente, cabe dizer que os princípios são normas jurídicas

impositivas, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionantes fáticos e jurídicos. Podem coexistir princípios conflitantes. De outra parte, as regras são normas que prescrevem, de modo imperativo, uma exigência, que é ou não cumprida. Entretanto, não é possível a existência de normas conflitantes: as regras antinômicas se excluem.

Com efeito, em consequência, os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, sendo possível encontrar a partir dessa ponderação a solução para um eventual conflito entre dois princípios de um ordenamento jurídico. Vale dizer, os princípios podem ser objeto de harmonização.

De modo contrário, no que concerne às regras jurídicas, havendo conflito entre duas delas, apenas uma deve ser válida e, portanto, aplicada ao caso concreto. É insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

Em suma, os princípios suscitam problemas de validade e de peso; as regras semente ensejam questões de validade." [21]

6. Métodos de interpretação dos princípios e normas de natureza constitucional.

No tocante aos métodos utilizados para se interpretar os princípios e normas constitucionais, também utilizamos outros princípios. Assim temos: [22]

- 1.o princípio da supremacia;
- 2.o princípio da finalidade;
- 3.o princípio da resultante social;
- 4.o princípio da proporcionalidade; e,
5. razoabilidade.

O primeiro, estabelece a posição superior no que toca aos ditames normativos postos no sistema, a nível constitucional, por constituir o seu fundamento essencial; o segundo, decorre do terceiro, cabendo ao intérprete guiar-se sem desvio pelo fim pretendido pela norma,

que determina qual finalidade a ser seguida na interpretação jurídica; o terceiro, tem a norma finalidade derradeira de alcançar a justiça material, que se traduz como necessidade; o quarto, tem duplo aspecto, sendo que o primeiro, esclarece a sua aplicação protegidos pelos princípios constitucionais, analisando de forma equânime os valores; e o segundo, para a sua efetivação, considera a existência de hierarquia entre os princípios constitucionais e a sua complementação e condição de mutuar.

Destaque-se, por conseguinte, o quinto princípio, o da razoabilidade, que dita a existência de sincronismo entre o que é colocado na norma e o que dela é realizado na prática vivida da política social.

Nesses métodos de interpretação da Constituição destaca-se o princípio da proporcionalidade, como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis e demais atos judiciais e administrativos, porquanto o princípio é decomposto e examinado sob o prisma de seus três elementos ou sub-princípios, que são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, se a norma não preencher qualquer desses três elementos ou não se conformando com eles o ato administrativo ou judicial produzido pela respectiva autoridade, deverão ser considerados inconstitucionais, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Vamos exemplificar, a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido Nelson Nery Júnior, com autoridade, descreve:

"Se o direito à inviolabilidade da intimidade (art. 5.º, X, CF) e das comunicações telefônicas (art.5.º, XII, CF) são garantidos pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo, o direito à vida e liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vêm no próprio caput do art. 5.º da CF, antes, portanto, da enumeração dos demais direitos fundamentais.

Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos, sejam harmonizados e incompatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma.

Assim, se a vida estiver sendo ameaçada por telefonemas, o direito à intimidade e da inviolabilidade da comunicação telefônica daquele que vem praticando a ameaça à vida de alguém deve ser sacrificado em favor do direito à vida. A justificativa decorre do sistema constitucional, no qual encontra-se inserido o princípio da proporcionalidade, como corolário do estado de direito e do princípio do devido processo legal em sentido substancial (substantive due process clause)." [23]

No Brasil o princípio da proporcionalidade passou a ter aplicação mais eficaz, após a promulgação da Carta Magna de 05 de outubro de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal passou a usar com mais frequência, o critério da razoabilidade na solução de questões de ordem constitucional envolvendo direitos fundamentais, tendo por espelho e inspiração a jurisprudência norte-americana do devido processo legal substantivo.

Ressaltamos o princípio da proporcionalidade como mais um princípio de interpretação, de significado maior para as normas e princípios de direito civil na Constituição. Entretanto, a proporcionalidade ou razoabilidade não pode significar a concessão de uma perigosa prerrogativa ao juiz de decidir a causa baseado exclusivamente na sua própria noção subjetiva de justiça. Deve, ao contrário, ser um princípio cientificamente definido, que orientará o magistrado na solução do conflito, em consonância com o próprio ordenamento constitucional. [24]

SEGUNDA PARTE
O IMPACTO DIRETO DOS PRINCÍPIOS E NORMAS
CONSTITUCIONAIS DE DIREITO CIVIL

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS MAIS SIGNIFICATIVAS

1. Considerações iniciais.

Não há dúvida em afirmar que as maiores modificações constitucionais que incidiram no direito civil, foram os princípios e normas constitucionais norteadores do Direito de Família. Outros pontos bastantes atingidos foram os da criança e do adolescente; do idoso, a propriedade e a sua função social, direitos da personalidade, defesa do consumidor, e tantos outros de significativa importância, que têm aplicação direta no ordenamento civil.

Assim temos legislações extravagantes e especiais recepcionadas pela atual Constituição e as legislações avulsas e especiais criadas após o advento da Constituição em atendimento à determinação do seu texto à época de sua promulgação, hoje já devidamente regulamentados por leis ordinárias, que ampliaram a eficácia dos referidos mandamentos constitucionais.

Inúmeras são essas legislações avulsas e especiais. As que sofreram o processo da recepção por não colidirem com as regras e princípios constitucionais, destacam: o Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, dispondo sobre a organização e proteção da família, permitindo o casamento de colaterais de terceiro grau, mediante prévio exame que demonstre a inexistência de inconvenientes sob o ponto de vista de saúde; a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, dispondo sobre reconhecimento de filho extramatrimonial; a Lei nº 4.728m de 25 de julho de 1968, sobre ação de alimentos; a Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, regulando os efeitos civis do casamento religioso, revogada nos arts. 1º a 7º pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (cf. arts. 71 a 75); a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterando a situação jurídica da mulher casada, dando-lhe novo estatuto; a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros

públicos, na parte referente ao registro civil das pessoas naturais; a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal do casamento. [25]

As leis ordinárias, que atenderam o comando da Constituição, destacam : a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento; a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que trata do direito dos companheiros à alimentação e à sucessão; a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que disciplina o planejamento familiar previsto no § 7º do art. 226 da Constituição Federal; a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição, que reconhece a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, e tantas outras. [26]

2. Da família.

O Direito de Família, modernamente, encontra-se regido pela Constituição Federal (arts.226 a 230), Código Civil (arts.180 a 484), a legislação ordinária especial no tocante à união estável e às relações de parentesco, bem assim a referente ao matrimônio, com fundamento de validade em permissivo constitucional. [27]

Assim, pois, os princípios de Direito de Família são hoje de natureza constitucional. Aos direitos familiares, como o princípio do casamento civil (CF, art. 226, § 1º); o princípio da admissibilidade do divórcio (CF, art. 226, § 6º); o princípio da igualdade dos cônjuges (CF, arts. 5º, I, e 277, 5º); o princípio da igualdade dos filhos (CF, art. 277, § 6º); aos direitos familiares sociais, como o princípio protetivo da entidade familiar (CF, art. 6º e art. 226, § 8º), bem assim o da proteção da infância e da adolescência (CF, art. 277, e seu parágrafo único). [28]

De suma importância que se registre o disposto no art. 229, que

determina o dever dos pais: "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice ou enfermidade." A previsão do art. 230, que visa a proteger o idoso, textuando o seu caput que "a família a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida." E arremata os parágrafos 1º e 2º do artigo antecedente, respectivamente, que "os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente nos seus lares." E, "aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos."

Com essas colocações, não se pode negar um grau de maior importância às necessárias e profundas modificações procedidas no Direito de Família pelo constituinte, todas de aplicação direta ao ordenamento civil, recepcionando disposições de leis infraconstitucionais compatíveis com princípios e normas de direito civil constitucional, e revogando disposições do Código Civil e de leis extravagantes incompatíveis com referidos princípios e normas de cunho constitucional.

São , pois, de aplicação direta as profundas alterações trazidas ao Direito de Família. Diante dessa colisão, em que predomina o texto constitucional,

" [...] aumenta o número de união livres e o Estado reconhece-as, dando assim eficácia jurídica a situações de fato. Disciplina-se o divórcio, desenvolvem-se os métodos de prova no reconhecimento da filiação, regulamenta-se a inseminação artificial. Socializam-se os deveres familiares e o Estado intervém na disciplina desses deveres. Desaparece o poder marital, os cônjuges equiparam-se na titularidade de direitos e deveres (CF, art. 5º, I), assim como os filhos. O pátrio poder transforma-se em pátrio dever. Em resumo, os

princípios da liberdade e da igualdade compatibilizam-se com os interesses superiores da família, como realidade subjacente, fixando-se, como regras jurídicas, no texto constitucional." [29]

O Código Civil, assim, sofre o impacto direto da isonomia, não poderia, pois, ser de outra interpretação, ante a todos os argumentos já citados, retirando diversos artigos do seu velho texto, que proclamava uma "época de patriarcalismo, em que o casamento formal importava mais do que a efetividade de suas relações internas." [30]

A inseminação artificial, fecundação in vitro, transferência de embriões, são técnicas novas de reprodução, no que se refere à medicina e da biologia. Reflete na família " [...], colocando-nos no umbral de um novo direito de família e superando a instituição tradicional, centrada no casamento [...] hoje insubsistentes presunções legais." [31]

O progresso na relação do conceito de paternidade é de um avanço espetacular, porquanto

" [...] o Estado passou a reconhecer outras formas de família além daquela constituída pelo casamento; alterou o sistema de filiação, igualizando filhos havidos no casamento e fora dele, proibindo designações discriminatórias (art.226). [...] Por exemplo, até 1988, os nascidos de uma relação extramatrimonial não podiam ser registrados com o nome do pai, mesmo que este quisesse. Isso em nome da moral dos bons costumes, pois se considerava que esse registro era uma afronta às famílias. [...] O filho existia no mundo real, mas não existia no mundo jurídico, já que não podia ser registrado em cartório com o nome do pai. Até mesmo as ações de investigação de paternidade eram proibidas, a não ser que fossem exclusivamente par fins de busca de pensão alimentícia. [...] Sabemos todos que, enquanto houver desejo sobre a face da Terra, continuarão nascendo filhos de relações extraconjugais de pais não-casados [sic] ou

solteiros e de "produções independentes". [...] Assim, desde 1998 não se pode mais, no campo jurídico, nomear os filhos como legítimos ou ilegítimos, naturais, espúrios ou adotivos. Filho é filho, e não comporta nenhuma adjetivação. [...] Com isso, podemos entender que a Constituição de 1988, ao interferir no sistema de filiação, está a um passo do entendimento da paternidade em seu sentido mais profundo e real. Ela está acima dos laços sangüíneos. Um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será pai. Por isso, podemos dizer que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada à escolha, enfim, ao desejo." [32]

O desenvolvimento da personalidade do menor, por exemplo, passa a ser alvo e tutela constitucional, em face do princípio do maior interesse da criança. Portanto, na fixação do domicílio familiar, viagens com filhos, mudança de escolas, devem ser decididos com base no interesse de todos os membros da família, sempre prevalecendo, entretanto, o maior interesse da criança. E isso vale para os demais casos envolvendo a criança (separação judicial, consensual ou litigiosa, etc.).

2. A propriedade.

A nosso ver, na própria Constituição há um conflito entre ideologias. A do liberalismo e do igualitarismo. No Estado democrático e social de direito, o direito de propriedade determina esse confronto. As regras dispostas nos incisos XXII e XXIII do art. 5.º da Constituição, estabelecem essa confrontação, determinando uma antinomia. Veja pela clareza da redação do primeiro inciso (XXII) antes referenciado: "é garantido o direito de propriedade;". Dessa redação o que se infere é que ficou mantida a garantia da propriedade privada, como outrora, no Estado liberal. Quanto ao segundo inciso (XXIII), o texto constitucional diz que "a propriedade atenderá a sua função social". Assim, demonstra o constituinte a sua preocupação, de intervenção do Estado social. No art. 170, que se refere a atividade econômica,

essa antinomia é repetida. Portanto, entendemos, que claro está, a dicotomia posta na Constituição, em outras palavras, o interesse individual conflitando com o interesse privado. [33] Esse choque, aparentemente anormal, não é assim tão polêmico, como aparenta ser.

A via indicativa à superação de tal conflito, remete ao campo da interpretação da ciência hermenêutica do princípio da proporcionalidade, amplamente difundido pelos especialistas da interpretação constitucional, como já tivemos a oportunidade de registrar na primeira parte, capítulo II, item nº 5, deste trabalho. Eis que, a nosso entendimento a função social é incompatível com o simples e puro direito de propriedade. A função social está num patamar bem mais elevado. Aliás houvesse uma conjugação desses interesses, dito de outra forma, a realização do interesse individual realizado em harmonia com o social, teríamos uma melhor aplicação, efetivamente. [34]

Na prática, entretanto, pouco acontece no que toca a função da propriedade, em seu sentido amplo. Chega-se ao ponto de implementar impostos progressivos que recaem sobre terrenos urbanos sem atividade, que não atendem a sua função social, como meio coercitivo para que verdadeiramente venham essas propriedades a atingir essa meta, deixando, por conseguinte de fonte especulativa, destinadas a outros fins, em detrimento da sua função social. [35] O Estado, em face do princípio constitucional do fim social da propriedade, passa a intervir, com medidas extrajudiciais.

Outros meios de intervenção do Estado, no sentido de impedir a formação de propriedade que não atinge a sua finalidade social, no que se relaciona à propriedade urbana, é a medida adotada com o parcelamento ou edificação compulsórios e o imposto progressivo no tempo. Daí, se extrai, evidentemente, que a função social está num grau de importância superior ao mero direito de propriedade. [36]

O velho Código Civil ainda mantém o modelo tradicional, dito de outra forma, conserva incólume o domínio sobre as coisas corpóreas, mais precisamente a imóveis, conflitante, pois, com a função social proveniente da Constituição, de sentido mais abrangente, e de aplicação direta.³⁸

O mandamento constitucional da função social, deve ser o fim precípua de toda propriedade.

Como sustentáculo da vida econômica individual, no que trata ao direito de propriedade (Código Civil, art. 524), o mais complexo e absoluto definido da lei civil e garantido constitucionalmente (art. 5.º, XII), é o direito subjetivo por excelência. [38]

Porém,

"quanto a concepção de propriedade privada, a Constituição de 1988 manteve a garantia do direito mas vinculada ao atendimento de sua função social. A clara redação do inciso XXIII, do art. 5.º nesse sentido foi retirada nos arts. 182 § 4º e 184, pela possibilidade de desapropriação no caso de descumprimento da disposição. Além de prevista como direito individual, a propriedade foi também incluída na qualidade de princípio da ordem econômica, ficando, portanto, condicionada à consecução dos seus objetivos, quais sejam, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Dentro do conceito constitucional clássico de propriedade lato senso, a Lei Maior de 1998, assegurou o direito em geral, explicitando, contudo, cada uma de suas modalidades: a propriedade rural (art. 184), a urbana (art.182), a de recursos minerais (art.176), a de empresas jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art.222), a de inventos e de marcas e patentes (art. 5.º), e afinal, a propriedade autoral, dispondo, inclusive, de normas relativas à sua transmissão a herdeiros. Trata-se da consagração de tese doutrinária de origem italiana, segundo a qual 'a propriedade não constitui uma

instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades." [39]

Assim, em termos comparativos, podemos afirmar que, "durante o período temporal que separa a Carta Imperial de 1824 do Estatuto Maior de 1946, e este do de 1988, é inegável o progresso desenvolvido no âmbito dos direitos fundamentais – entre eles o de propriedade como parte integrante das constituições [...] nos Estados liberais do século XIX as cartas políticas regulavam apenas o poder estatal e os direitos individuais – civis e políticos – o Estado social do século XX disciplina uma esfera muito mais ampla, que engloba o poder estatal, o indivíduo e a propriedade Civil. [...] Assim como a propriedade transmutou seu caráter constitucional individualista em um instituto de natureza social, é possível que o direito – como sistema funcionalmente orientado – venha a gerar-lhe um novo conceito, fundado na emergência de novas realidades a exigirem contínuo reconhecimento, ao lado da necessidade de adequação e de interpretação das já existentes, tudo para a adequada interação da legislação com a dinâmica da sociedade." [40]

Assim, a propriedade deixa de ocupar a posição central que lhe reconhecia o Código Civil, de modo coerente com a evolução social e econômica, porquanto semelhante não é a função da propriedade em uma economia agrária como dantes, e uma de capitalismo avançado, como nos dias atuais. O interesse social vai além do interesse individual e, é essa a inteligência constitucional que merece aplicação direta.

O constituinte foi extremamente cuidadoso, já que mediante princípios e normas interveio nas relações de direito privado, determinando, por conseguinte, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Desta feita, o sistema foi reunificado, recuperando-se o universo desfeito.⁴² Portanto, há de haver uma

harmonia de interpretação da ordem econômica prevista na Constituição, mediante os seus princípios fundamentais, evitando-se a desconfiguração da técnica constitucional que fixou os princípios. Esses princípios constitucionais devem ser base de informação ao Código Civil e às leis infraconstitucionais. Nessa vertente, a erradicação da pobreza, a distribuição mais justa de renda, é conjunção dos princípios fundamentais da República com a função da propriedade privada. Assim, a normativa especial, ou seja, a Lei nº 8.245, de outubro de 1991, Lei de Locações de Imóveis Urbano, não pode ser isoladamente lida, posto que, não pode prever todos os conflitos entre locador e locatário. Por via de consequência, os seus preceitos setoriais, como microssistemas, encontram-se vinculados aos princípios constitucionais de aplicação direta. [42]

A título exemplificativo, a

" [...] Lei de Locações, em seu artigo 30, fixa como critério de desempate na hipótese de múltiplos locatários, com contratos iniciados na mesma data, que queiram igualmente exercer o direito de preferência, a idade do inquilino, decidindo o legislador em favor do locatário mais idoso. Alguns magistrados já se pronunciaram no sentido da inconstitucionalidade e desse dispositivo, que feriria o direito à isonomia.

Entretanto, há uma enorme diferença entre a discriminação arbitrária e o tratamento legitimamente diferenciado. Se a Constituição determina o dever do Estado em amparar os idosos, conforme dicção expressa do artigo 230, esse dever não pode ser interpretado apenas como um estímulo à construção de asilos. O tratamento diferenciado do legislador das locações corresponde justamente ao ditado constitucional que, expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, imagina ser tormentoso para o locatário mais idoso a mudança de residência, daí correto o desempate a seu favor no exercício do direito de preferência. *Muitos exemplos poderiam ser*

oferecidos no sentido de construir uma interpretação que reunifique o direito privado, fornecendo revigorado fôlego à norma ordinária, através dos princípios constitucionais." [43] [grifo nosso]

Razão, sem dúvida, assiste ao magistral entendimento do professor Gustavo Tepedino, com o qual não podemos deixar de concordar, especialmente quanto ao contido na parte final, que grifamos.

4. Direitos da personalidade.

O Estudo dos direitos da personalidade é um dos temas mais fascinantes da dogmática civilista, com reflexos multidisciplinares. A vida, a honra, o nome, a integridade física e moral, entre outros, representam valores dos mais sublimes para o homem. O ordenamento jurídico não confere apenas às pessoas naturais a qualidade de ser parte numa relação jurídica; entes fictícios, igualmente são destinatários de direitos subjetivos, inclusive os de personalidade, desde que obtenham o reconhecimento de sua personalidade pelo direito positivo. [44]

São esses direitos de aplicação direta em face dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. Vale registrar, os arts. 1º, III, e 5.º, X, XI, e XII da Constituição da República, segundo os quais protegem "a dignidade da pessoa humana"; a inviolabilidade da "intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Na mesma esteira, o art. 220 também do Texto Maior, assegura a liberdade de "manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo", em conformidade com o art. 5.º, IV e V, do rol das garantias fundamentais, bem assim a Lei nº 9.934, de 04 de fevereiro de 1997 e seu regulamento (Decerto nº 2.268/97) que respondendo ao comando do art. 199, § 4º, da Constituição, regula o transplante de órgãos; o art. 5.º, XXVII e XVII, e a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que atualizou e consolidou a legislação sobre direitos

autorais. [45]

Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Decorrem, evidentemente, de previsão constitucional, cujas normas e princípios têm aplicação direta, e das leis especiais que, pontualmente, fornecem elementos normativos capazes de permitir sua configuração dogmática. [46]

Sublinhe-se, ainda, o Projeto do novo Código Civil, arts. 11 a 21.48

5. Defesa do consumidor.

A defesa do consumidor decorre de princípio constitucional inscrito nos arts. 5.º, XXXII, 170, V, e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em decorrência dos mandamentos constitucionais antes referenciados, que outorgou ao Estado a promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, editou-se a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, instituindo do Código de Defesa do Consumidor – CDC, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social, o maior avanço, sem dúvida, no tocante às relações de consumo.

Em face do mesmo princípio constitucional, surge a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, definindo as infrações de ordem econômica – CADE, transformando-o em Autarquia, e o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, dispendo sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelecendo as normas gerais de aplicação administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor – CDC, revogando o Decreto nº 861, de 09 de julho de 1993.

Assim, fica definitivamente organizado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e estabelecidas as normas gerais de aplicação das sanções administrativas, nos termos do CDC.

Importantíssima essa regulamentação, cujo o objetivo, sem dúvida, veio a permitir as camadas menos favorecidas a proceder

orientações, receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais, bem assim a prestar ao consumidor orientação permanente sobre seus direitos e garantias, levando ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativas que violem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores.

Referida regulamentação, da qual integram a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SED, por meio do seu Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor – DPDC, e os demais órgãos federais, com amparo na lei de regência, deu autonomia aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, para no âmbito de suas jurisdições, na forma de lei ordinária de cada uma dessas pessoas de jurídicas de direito público, o poder de criar mecanismos de proteção e defesa do consumidor.

A nosso ver, os maiores avanços do Código de Defesa do Consumidor, erigido de princípio constitucional, destacam-se: a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente; a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; a criação de delegacias e polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações de consumo; a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor; o acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurados a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele

hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito excesso de poder; a proibição de publicidade enganosa ou abusiva; a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor; o princípio da boa-fé objetiva; o exercício do direito de arrependimento, no prazo de até sete dias da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço; a ineficácia das cláusulas abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; bem assim as que estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; a que assegura ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcial, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos; o direito assegurado ao consumidor, quando relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu; dentre outras garantias.

Com as colocações postas nos itens 1 a 5 deste capítulo, dá para se ter uma dimensão do que as regras e princípios constitucionais de direito civil, provocaram nas leis infraconstitucionais com elas incompatíveis. Foi devastadora essa colisão. O relevante interesse social trazido pela Carta Magna do país, sobre todos os aspectos, superam interesses outros. O ser passa a ser mais valorizado que o ter. É assim no Direito de Família, atingindo a criança, o adolescente e o idoso, no direito de propriedade, nos direitos da personalidade, na defesa do consumidor, enfim, em todo ordenamento civil como um todo.

Nas relações de consumo um aspecto determinante fica bastante nítido, com "a ruptura do legislador especial para com a técnica regulamentar e patrimonialista do Código Civil. [...] O respeito à

dignidade, à saúde, à segurança; a proteção de interesses existenciais; qualidade de vida; [...] os interesses econômicos" de concorrência livre. Essa nova roupagem tem que ter acesso à inteligência do magistrado, para uma perfeita aplicação da lei protetiva do consumidor, consubstanciada em princípio constitucional de ordem pública. [48]

CAPÍTULO II

O IMPACTO NO CÓDIGO CIVIL

1. Na parte geral (arts. 1º a 179).

1.1. Das pessoas naturais (arts. 2º, 5º, I, 6º, III, 9 § 1º, e 12, II)

O art. 2º do Código Civil estabelece que "a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis. Por conseguinte a Constituição Federal estabelece no art. 5.º, caput, a igualdade desses direitos, entretanto algumas exceções são verificadas no inciso XXXI do artigo anterior, e no art. 227, § 5.º A redação do inciso XXXI é a seguinte: "a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus." E o § 5.º do art. 227, arremata ao dispor que "a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros." Portanto, o citado artigo do Código Civil não pode mais ser lido isoladamente, merece uma releitura em face de certas exceções estabelecidas pela Constituição. O art. 5.º, I, do Código Civil, dispõe "que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: os menores de dezesseis anos." Esse dispositivo permanece vigorando, mas há necessidade de uma leitura conjunta com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que obedecendo ao comando constitucional, disciplinou regras especiais aos menores de dezoito anos.

O art. 6º, III, do Código Civil diz que "são incapazes, relativamente a

certos atos (art.147, n I), ou à maneira de os exercer: III - os silvícolas." Este dispositivo do Código, há de ser relido em face dos arts. 231 e 232 da Constituição, especialmente com relação a este último artigo, porquanto "os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

"Cessar, para os menores, a incapacidade, 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." Essa é a redação do § 1º do art. 9º do Código Civil. A Constituição, no art. 226 § 5.º, estabelece que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher." E mais,

"a LRP 89 já não fala, como o CC, em 'concessão do pai ou, se for morto, da mãe, mas em 'atos dos pais'; e desde que, na redação dada ao art. 380 pela Lei 4.121, de 27.8.62, o pátrio poder compete 'aos pais, exercendo-o marido, com a colaboração da mulher (ao contrário do texto primitivo, segundo o qual o pátrio poder era exercido pelo marido e, na sua falta ou impedimento, pela mulher), deve-se entender que a emancipação requer, para validade, o assentimento tanto paterno como materno." [49]

E, nesse mesmo sentido,

"o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência." [50]

É bom repetir, o ECA é fruto de normas e princípios constitucionais. Portanto essa disposição da lei substantiva civil também merece ser relida. E nesse mesmo raciocínio, a incidência do disposto no art. 226, § 5º, da Constituição, e do art. 21 do ECA, antes transcrito, atinge o art. 12, II, do Código Civil, que dispõe: "Serão inscritos em

registro público a emancipação, por outorga do pai ou mãe, ou por sentença do juiz [...]".

1.2. Das pessoas jurídicas (art. 15)

Esse dispositivo, ainda em sua redação original, dispõe:

"Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito de regresso contra os causadores do dano." [51]

Por sua vez a Constituição Federal, na esteira do art. 107 da Constituição de 1969, traz, no §6º do art. 37 a seguinte redação:

"Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Vamos verificar a maior abrangência da Constituição, com seu texto voltado à responsabilidade civil do Estado, acompanhando a evolução do tempo. O mandamento constitucional consagrou a responsabilidade objetiva. Estendeu a responsabilidade objetiva também às pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, não somente às pessoas jurídicas de direito público. Eliminou também, da redação do ordenamento civil a expressão " [...] civilmente responsáveis por atos dos seus representantes [...] ", introduzindo nova concepção, que diz " [...] responderão pelos danos que seus agentes [...] ". Restringiu o direito de regresso somente aos casos de dolo ou culpa, expressamente. Assim, no nosso entendimento, aplica-se diretamente o disposto na Constituição. Não tem, pois, mais razão de ser, o art. 15 do Código Civil. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, expediu acórdão, entendendo que "a responsabilidade objetiva do Estado é tema de Direito

Constitucional. O art. 15 do C. Civil [sic] é repetição mitigada do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Acórdão que versa sobre esse tema deve ser enfrentado por recurso extraordinário." Nessa ementa, o raciocínio do STJ, guarda sintonia com o nosso, tanto é assim, que diz não ser cabível recurso especial, cuja matéria é de sua alçada. Reclamou o STJ, que ao caso, o recurso apropriado seria o extraordinário, por se referir a matéria constitucional. [52]

Registre-se, que as autarquias também são pessoas jurídicas de direito público (INSS, USP, CADE), etc. [53]

1.3. Do domicílio (arts. 35, § 1º, e 36)

O § 1º do art. 35 do Código Civil:

"Art. 35 [...]

§ 1º Quando o direito pleiteado se originar de um fato ocorrido, ou de um ato praticado, ou que deva produzir os seus efeitos, fora do Distrito Federal, a União será demandada na seção judicial em que o fato ocorreu, ou onde tiver sua sede a autoridade de quem o ato emanou, ou este tenha de ser executado." [54]

Este dispositivo está revogado por colidir com o § 2º do art. 109, da Constituição. Essa norma constitucional dispõe que "as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal."

"Os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada (art.315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251). É, efetivamente, o que dispõe o caput do art. 36, do Código Civil, e seu parágrafo único, respectivamente. Este dispositivo do Código, há de ser relido, em face do princípio da isonomia entre os cônjuges, de que trata o art. 5.º, I, c/c o art. 226 § 5º, da Constituição. Até porque não deve ser lido mais "desquitada", e sim "separação judicial", bem

assim os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são igualmente exercidos pelo homem e pela mulher.

1.4. Dos bens imóveis (art. 43, I)

"São bens imóveis: [...] o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e subsolo." É o que dispõe o art. 43, inciso, I, do Código Civil. Entretanto, em sentido diametralmente oposto, reza a Constituição no seu art. 20, incisos VIII a X, respectivamente, que : São bens da União: VIII – os potenciais de energia hidráulica; IX – os recursos minerais, inclusive o subsolo; X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; ". Entendemos, pois, que o inciso I, do artigo antes referenciado, está derogado pela Lei Maior. [55]

1.5. Dos bens reciprocamente considerados (art. 61, II)

Não mais procede o disposto no inciso II do art. 61 do Código Civil, que dispunha ser acessório do solo os minerais nele contidos. Em sentido oposto o art. 20, IX, da Constituição, diz que os recursos minerais, inclusive o subsolo, são bens da União. [56]

1.6. Dos bens públicos e particulares (art. 65)

"São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem." Esta é a redação do art. 65 do Código Civil que, no que toca a expressão "aos Estados", necessário a sua releitura, em face do disposto no art. 26 da Constituição:

"Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, a decorrentes de obras da União;

II – as áreas, na ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União." [57]

1.7. Das coisas fora do comércio (art. 69)

São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis (art. 69 do CC). Este artigo há de ser relido, em face das disposições emergentes da Constituição nos seus artigos 20, XI, c/c o art. 231 §§ 1º e 4º, que dispõem :

"Art. 20. São bens da União:

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios;

Art.231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis." [58]

1.8. Da forma do ato jurídico e da sua prova (art. 134, I)

No que se refere ao art. 134, I, do Código Civil, que fala que é da "substância do ato a escritura pública nos pactos antenupciais e nas adoções"; no caso "das adoções", há de ser observado o disposto no caput do art. 47 do ECA, assim redigido: "*O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.* [grifo nosso] .

1.9. Dos prazos de prescrição (art. 178, §§, 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, VII, 9º, I, a, b, c, II, III, VI e § 10, V)

O art. 178, § 2º, do Código Civil, diz que prescreve:

Art. 178 [...]

§ 2º Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a ação para haver abatimento do preço de coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço mais perdas e danos."

Esta disposição confronta com o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que determina o prazo de decadência, não mais prescricional, bem assim aumenta o prazo para trinta dias, quando se tratar de fornecimento de serviço e de produto não duráveis, e de noventa dias, quando se referir ao fornecimento de serviço e de produto duráveis. É aconselhável que se leia também, os §§ 1º, 2º e 3º do artigo anterior, que ditam regras relativas ao obstáculo da decadência, e o seu marco inicial em se tratando de vício oculto. Deve, pois, prevalecer, as disposições do CDC, a nosso juízo. [59]

O inciso XII, do § 6º, do art. 178 do Código Civil, estabelece o prazo de seis meses para "a ação dos herdeiros do filho para prova da legitimidade da filiação." Por conseguinte o § 6º, do art.227, da Constituição, que tem aplicação direta, determina que 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." Assim, compartilhando com o mesmo entendimento de Theotonio Negrão, [60] esta disposição deve ser lida assim: "*A ação dos herdeiros do filho, para prova da filiação*".

No que se refere ao disposto no inciso VI, do § 9º, do art. 178, do Código Civil, que preceitua a ocorrência prescricional de quatro anos para "a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar." Entende O Superior Tribunal de Justiça, que essa disposição, nas ações ajuizadas posterior ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 11 de abril de 1990), não mais existe no mundo jurídico. Entendeu aquela Corte, em acórdão

proveniente do REsp 112208/RS, DJ de 28 de junho de 1999, p. 114, Relator Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira, em decisão da 4ª Turma, datada de 08 de junho de 1999, que " [...] em face do Estatuto da Criança do Adolescente, tem-se por revogados os arts. 178, § 9º, VI, e 362, do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo da ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou da emancipação [...] ." [61] É a seguinte a redação do art. 27 do ECA: " O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça." Como podemos ver, o mandamento é fruto de normas e princípios constitucionais de direito civil, e se refere a direitos da personalidade, como tivemos a oportunidade de observar no capítulo anterior, item 4.

Prescreve em cinco anos "a ação dos serviçais, operários e jornaleiros, pelo pagamento dos seus salários (Código Civil, art. 178, § 10, V). Este dispositivo colide com o art. 7º, inciso, XXIX, "a", da Constituição:

"Art.7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois após a extinção do contrato;"

Quanto ao Direito de Família, "os prazos [...] do art. 178 do Código Civil [...] foram revistos, como uma nova interpretação, em homenagem ao princípio da verdade real e da efetividade das relações sociais, principalmente no que se refere à paternidade." [62]

Nesse sentido transcrevemos acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 596035790,

da 8ª Câmara Cível, de relatoria do eminente Desembargado Eliseu Gomes Torres, j. em 25 de abril de 1996:

"Ação Anulatória de Registro de Nascimento. Imprescritibilidade. Não há como admitir que continuemos regrados por normas da antigüidade e vetustez como, v.g., os exíguos prazos prescricionais e decadenciais contidos no Código Civil. Não há como não reconhecer que alguns dispositivos do Código Civil estão revogados diante da Carta Magna. Um deles é o invocado pelo réu, na qual o art. 178, § 3º, do Código Civil. Assim, envolvendo a questão estado de pessoa e ante a vigente Constituição Federal, não incide o prazo decadencial previsto no referido art. 178, § 3º. A ação de anulação de registro civil é imprescritível. Precedente jurisprudencial. Apelo provido à unanimidade." [63]

Na mesma inteligência do aresto supra transcrito, estão os prazos previstos no art. 178, § 1º; § 4º; § 7º, VII, § 9º, I, a, b, c, II, § 9º, III, e § 9º, VI. [64] Eis, em ordem seqüencial, a redação dos dispositivos antes referenciados: "Art.178, § 1º. Prescreve [...] em dez dias, contados do casamento, ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada (arts. 218, 219, n. IV, e 220)." Art. 178, § 4º:

"Art.178 [...]

§ 4º Em três meses:

I - A mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, da data do conhecimento do fato, no segundo.

II – A ação do pai, tutor, ou curador para anular o casamento do filho, pupilo, ou curatelado, contraído sem o consentimento daqueles, nem o seu suprimento pelo juiz; contado o prazo do dia em que tiveram ciência do casamento (arts. 180, n. III, 183, n. XI, 209 e 213."

Art. 178, § 7º, VII: "em dois anos [...] a ação do marido, ou dos

herdeiros para anular atos da mulher, praticados sem o seu consentimento, ou sem o suprimento do juiz; contado o prazo do dia em que e dissolver a sociedade conjugal (arts.252 e 315)." Art. 178, § 9º, I. a., b, c, II:

"Art. 178 [...]

§ 9º Em quatro anos:

I – Contados da dissolução da sociedade conjugal, a ação da mulher para: desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou sem outorga uxória, ou suprimento dela pelo juiz (arts. 235 e 237); anular as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido fora dos casos legais (arts. 235, n.s III e IV, e 236); reaver do marido o dote (art. 300) ou os outros bens seus, confiados à administração marital (arts. 233, n. VIII e IX, 269, 289, n. [sic] 300, 311, n. III);

II – A ação dos herdeiros da mulher, nos casos das letras "a", "b" e "c" do número [sic] anterior, quando ela faleceu, sem propor a que ali se lhe assegura; contado o prazo da data do falecimento (arts. 239, 295, n. II, 300 e 311, n. III)."

Art. 178, § 9º, III: "em quatro anos [...] a ação da mulher ou seus herdeiros para desobrigar ou reivindicar os bens dotais alienados ou gravados pelo marido; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (arts. 293 a 296)." Art. 178, § 9º, VI: "em quatro anos [...] a ação do interessado em pleitear a exclusão do herdeiro (arts. 1.595 e 1.596), ou provar a causa da sua deserdação (arts. 1.741 a 1.745), e bem assim a ação do deserddado para a impugnar; contado o prazo da abertura da sucessão."

Repise-se, as disposições do art. 178, que reproduzimos, merecem ser interpretados em sintonia com o venerando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, antes transcrito, diante da aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil, proveniente da atual Constituição. É esse o nosso

entendimento.

2. Na parte especial (arts. 180 a 1.807).

2.1. Considerações iniciais.

A parte especial do Código Civil, inicia-se com o livro I, tema relacionado a Direito de Família, que foi o que mais sentiu o efeito da aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil, indubitavelmente.

A nosso entender, é de suma importância mencionar as leis infraconstitucionais que, obedecendo ao comando das normas e princípios constitucionais relacionados com a família, surgiram no mundo jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, no sentido de completar as inovações trazidas. São elas: a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil) e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1997; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências; Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, dá nova redação aos dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977; Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências; Lei nº 8.648, de 20 de abril de 1993, acrescenta parágrafo único ao art. 399 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil); Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências; Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão; Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências; e, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Os princípios conservadores do Código Civil, foram rechaçados pela

Constituição vigente, estabelecendo um moderno "sistema de novos critérios interpretativos para avaliar as relações familiares. Pode-se, portanto, dizer que é na Constituição Federal que se encontra, apoiado o nosso sistema de Direito de Família." [65]

A base do Direito de Família, no que se refere à proteção dos direitos da pessoa humana, são: direito à celebração do casamento; direito de constituir família; igualdade dos cônjuges; igualdade dos filhos; responsabilidade dos pais em relação aos filhos; dever de amparo aos pais na enfermidade e velhice. Relativamente aos direitos do ser humano perante outrem, estão: o princípio da proteção da família; proteção da paternidade e maternidade; e a proteção da infância, com garantia dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente. [66]

De se destacar "o princípio da paternidade responsável, que ratifica a obrigação alimentar em relação aos filhos, desestimulando a desagregação e a disseminação de proles desamparadas." [67]

" [...] *Interpretar uma norma da Constituição, que superou o próprio avanço jurisprudencial, de moldes a que dependa de complementação infraconstitucional, é regredir no tempo, voltar as costas às conquistas da sociedade.*" [68] [grifo nosso] Daí por que as normas e princípios constitucionais, aplicam-se, diretamente. O que vai influir é o grau maior ou menor de interpretação dependendo de cada situação a ser analisada.

O impacto que os princípios e normas constitucionais de direito civil de família provocou no Código Civil, foi devastador. Dentro dessa assertiva, vamos colocar em questão o caso dos bens reservados à mulher de que trata o art. 246 do Código Civil, com redação do *caput*, de acordo com o Estatuto da Mulher Casada – EMC, que também acrescentou o parágrafo único. Vejamos o que diz essa disposição :

"Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos aos atos inerentes ao seu

exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do art. 242.

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família."

Leciona Arnaldo Wald, [69] que os bens reservados à mulher *não tem mais razão de ser*, asseverando seu entendimento "que o privilégio não mais se justifica, seja em razão do que dispõe a Constituição Federal, seja pelo fato de que a mulher de hoje em tudo se iguala ao homem na conquista do mercado de trabalho." E assim prossegue o mestre com seu raciocínio:

" [...] A regra a seguida é que os atos de um dos cônjuges, quando autorizados pelo outro, obrigam todos os bens do casal. Se a obrigação foi assumida por apenas um dos cônjuges sem a autorização expressa do outro, somente os bens pessoais do que se obrigou e a sua meação é que responderão, salvo se comprovado que a obrigação resultou em benefício para a família ou para outro cônjuge." [70]

Arnaldo Wald não está solitário na sua doutrina. Lourival Serejo, [71] entende, "que, por conta da isonomia, o art. 246, que trata dos bens reservados (surgidos com a Lei n. 4.121/62) perdeu sua razão de ser. São considerados, ainda revogados os arts. 247, I e II."

Palmitando o mesmo entendimento a jurisprudência já começa entender, que não mais subsiste os bens reservados da mulher, por revogação do art. 246 do Código Civil, dentre outros preceitos do velho Código que concediam direitos especiais a um dos cônjuges, porquanto conflita com o princípio da isonomia entre os cônjuges de que trata os arts. 5º, I, e 226, § 5º, da Constituição. O Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entende que a" [...] Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a isonomia entre os cônjuges (arts. 5.º, I, e 266, § 5.º) – *Revogação [sic] do art. 246 do CC, entre outros preceitos que concediam direitos especiais a um deles, ressalvados os direitos adquiridos.*" [72] [sem grifos no original]

Note-se que o entendimento jurisprudencial somente fez ressalva, aos direitos adquiridos, e assim também o fez, em sintonia com previsão constitucional de aplicação direta inserida no art. 5.º, XXXV, que diz: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;". Não se pode negar, são as normas e princípios constitucionais vinculando o operador do Direito, em todos os sentidos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já em 29 de setembro de 1994, também firmou entendimento no mesmo sentido, em acórdão proveniente da Apelação Cível nº 594086415, da 8ª Câmara Cível de Porto Alegre, cuja parte da ementa que nos interessa é a seguinte: "União Estável. Partilha de Bens. Agravo Retido. Preliminar de Nulidade da Sentença. Auto- Aplicabilidade do art. 226, § 3º, da CF. Bens Reservados : Revogação do art. 246 do Código Civil." [sic] . E, ao final, a ementa conclui pela revogação do art. 246, e reconhecendo o direito do varão: " [...] Sua admissão ao varão com respaldo na isonomia, coexistindo com o direito à meação decorrente da união estável, interpretação paradoxal inadmissível. Ação julgada procedente. Sentença confirmada." [73]

Daí, vê-se que importância da aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil é muito mais abrangente do que podemos imaginar. A amplitude de sua aplicação é vasta. Cada situação torna-se um caso à parte. Não é, pois, aconselhável, a nosso sentir, prever que um determinado caso é extensivo de aplicação direta a outro, por semelhança. A máxima que diz "os autos são o mundo do juiz ", faz sentido na aplicação prática.

Diante dessa circunstância, já temos jurisprudência afastando a incidência do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil, por incompatível com o princípio da dignidade humana, porque conflita com os arts. 1º, III, 5.º, I, X, e LIV, todos da Constituição Federal.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, já se manifestou nesse sentido, mediante acórdão, cuja ementa é a seguinte:

" [...] É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento.

Casamento – Regime de bens – Separação legal obrigatória – Nubente sexagenário – Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único, II, do CC, que não foi recepcionada pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5.º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da ação anulatória – Improvimento aos recursos.

Ementa oficial : É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como a garantia do justo processo da lei, tomando na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, parágrafo único, II, do CC.

Ap. 007.512-4/2-00 – 2ª Câ. – j. 18/8/98 – Rel. Des. Cezar Peluso."

[74]

Não obstante a doutrina e a jurisprudência entenderem pela revogação dos dispositivos do Código Civil antes citados (arts. 246 e 258, parágrafo único, II), assim como tantos outros, em face de prevalecer a aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil, outros artigos do Código, com é o caso dos arts. 243 e 244, geram uma certa polêmica se estariam revogados ou não.

Lourival Serejo, [75] em seu magistério entende que esses artigos não estão revogados: "[...] não trazem qualquer nota discriminatória porque a autorização de que tratam tanto pode ser do marido à mulher como vice-versa. [...] O art. 242 está equilibrado com o art. 235, sob o pêndulo da isonomia."

A nosso entender, assiste razão à referida interpretação, posto que uma sociedade conjugal, como o instituto do casamento, não pode merecer interpretação isolada por apenas um desses dispositivos, ambos se completam, mercê de interpretação em harmonia. Há um equilíbrio entre o art. 242 e 235. Mas, não é por isso que tais dispositivos dispensam uma releitura, dependendo do caso a ser enfrentado, com as normas e princípios constitucionais, especialmente no que se refere ao art. 236, § 5º, da Constituição.

Os exemplos referenciados ao Direito de família, são aplicáveis a quaisquer outro ramo do Direito Civil. Optamos, pois, por preferir tecer uma melhor explicação ao Direito de Família, porquanto foi esse o ramo do Direito Civil o mais atingido pelas mudanças sociais imposta pelo constituinte.

Deixando um pouco de lado o Direito de Família, veremos outra parte do Código atingido por norma constitucional, relacionado, inclusive com o nosso cotidiano profissional. Norma constitucional inserta no art. 133 da Constituição diz que: "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

Em face dessa norma constitucional, veio ao mundo jurídico a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que estabeleceu uma série de mudanças no Código Civil, arts.1.288 a 1.330. Assim, a par do mandamento constitucional regulamentado pela lei antes referida, os arts.1300, 1.316, 1.320, 1324, 1.325, 1.326, 1.328, 1.329, que tratam do mandato, têm de ser relidos juntamente com a norma constitucional e o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados

do Brasil (Lei nº 8.906/94), que alterou substancialmente a Lei Civil, no que se refere a esse assunto. [76]

Outro exemplo, assunto estritamente ligado à locação de serviços, a que se refere o título IV, capítulo IV, seção II, arts.1.216 a 1221, do Código Civil. Esses dispositivos não podem ser lidos isoladamente, em face do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que embora seja lei especial, atende a comando constitucional, e deve ser aplicado em harmonia, especialmente os seus arts. 12 a 27, que aconselhamos a leitura. [77]

O certo é que com a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1998, o velho Código Civil praticamente desmoronou, em razão da incidência direta das normas e princípios constitucionais de direito civil.

Assim, poderíamos, exemplificar centenas de situações, iguais às que já citamos, o que certamente iria tonar cansativa à leitura do trabalho. Repetimos, centenas de situações. Achamos mais conveniente, transcrever os artigos do Código Civil, que se tornaram incompatíveis com a nova ordem constitucional ou que necessitam uma nova leitura, em razão da aplicação direta das normas e princípios constitucionais de direito civil.

2.2. Do Direito de família.

Relativamente ao Direito de Família foram atingidos os artigos já mencionados no item 1 deste capítulo, e mais os seguintes : arts. 183, II, IV, X, XII, 184, parágrafo único, 185, 186, parágrafo único, art. 200, § 4º, 203, 205, 207m 213, 217, 219, IV, 221, parágrafo único, 224, 229, 233, I, II, II, e IV, 234m 235, I, II, II, e IV, 236, 237, 238, 239, 240, parágrafo único, 241, 242, I, II, II, e IV, 244, 245, I, II e parágrafo único, 247, I, II, III, parágrafo único, 246m parágrafo único, 248, I, II, III, IV e seu parágrafo único, V, VI, VII e VIII, 249, 250, 251, I, II, III e IV, 252, parágrafo único, 254, 255, 260, 263, X, 266, parágrafo único, 271, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283,

284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 359, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, II, III, 364, 367, 368, 377, 279, 380, parágrafo único, 382, 383, 385, 390, I, 391, I, 393, 405, 407, 408, 409, I, II, III, 414, 442, II, 447, I, 454, § 1º, 455, §§ 1º e 2º, 460, 461, parágrafo único, 467, parágrafo único, 484 e art. 827, I [78]

Os dispositivos citados sofreram o impacto direto dos arts. 5.º, I, 226, § 5.º, e 227, § 6.º, da Constituição, que são os princípios da isonomia dos cônjuges e dos filhos, devastador para o Direito de Família.

2.3. Da propriedade imóvel (arts. 526, 532, 537, 538, 540, 550, 551, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 575, 585, 586 e 590) [79]

Todo assunto referente com a propriedade, em face do seu interesse social constitucionalmente previsto, há de ser lido, em primeiro plano, os arts. 5.º, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, LXIII, 20, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e § 2º, 21, XXIII, 23, III, IV 24, VII e VIII, 26, 176, 177, com redação da Ementa Constitucional 9/95, 182, § 2º, 186, 216 e 225, § 6º, da Constituição Federal.

A nosso pensar, os arts. 526 e 532 do Código Civil, estão derogados. O primeiro, pelos arts. 176 e 177 da Constituição; e o segundo, pelo art. 20, VIII a X.. Cf. comentários ao art. 43, I, do Código Civil, no subitem 1.3, deste capítulo.

O art. 537 do Código, deve ser lido em sintonia com os arts. 20, IV, 26, II e IV, da Constituição. O Decreto nº 24.643, de 10 julho de 1934 – Código de Águas, regula essa matéria nos seus arts. 23, 24, 25, devidamente recepcionados pelo texto constitucional. Os arts. 538, 540, 541, 542, e 543, estão integrados com o Código de Águas. Já o art. 550 do Código, deve ser relido em sintonia com os arts. 33, 38, 183, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal. Cf. as Súmulas números 11,

119 e 193 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e Súmulas 237, 263, 349, 391 e 445 do Supremo Tribunal Federal – STF.

O art.551 do Código Civil, necessário a releitura em face do art.191, parágrafo único da Constituição. Cf. a Súmulas 340 e 445 do Supremo Tribunal Federal – STF e, ainda a Lei nº 2.437, de 07 de março de 1955, que reduz o prazo prescricional.

Os arts. 563 a 568 do Código Civil, hão de ser integrados e lidos em harmonia com os arts. 22, III, da Constituição Federal e 68 a 138 do Código de Águas – CA.

Os arts. 575, 585 a 586 do Código Civil foram alterados pelo Código de Águas – CA. O primeiro pelo art. 100. Os dois últimos pelos arts.96 a 98.

Relativamente ao art. 590 do Código Civil, veja a Constituição Federal, arts.5.º, XXIV, 182, 184, 185 e 234.

2.4. Da propriedade literária, científica e artística (arts. 649 a 673)

Os arts. 649 a 673 do Código Civil foram implicitamente revogados pelo art. 134 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e explicitamente, pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais, trazendo uma nova roupagem em face dos princípios e normas constitucionais que versam sobre o assunto, especialmente os arts.5.º, XII, IX, XIII, XXIX, XXVII e XXVIII.

2.5. Do penhor agrícola (arts. 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787 e 788) [80]

Os arts. 781 a 788, estão revogados pelos arts. 1º a 13 e 31, da Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937. Entretanto esta lei também já sofreu várias alterações, notadamente pelos Decretos-lei números 182, de 05 de janeiro de 1938, que dispõe sobre limitação de juros nos contratos, 1.003, de 29 de dezembro de 1938, que dispões sobre o penhor agrícola e dá outras providências, 2.612, de 20 de setembro de 1940, que dispõe sobre o registro para o penhor agrícola e

pecuário. O penhor dos produtos agrícolas é disciplinado pela Lei nº 2.666, de 06 de dezembro de 1955. Sobre título de crédito rural, cf. o Decreto-lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967. Relativamente a penhor agrícola e pecuário, cf. a Lei nº 4.829, de 05 de novembro de 1965, que institucionalizou o crédito rural. Sobre penhor agrícola em caso de parceria, cf. os arts. 54 a 57 do Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966.

2.6 Da hipoteca (arts. 814, § 1º, 816, 817, 818 e 856) [81]

No que se refere aos arts. 814, § 1º, 816, 817 e 818, não poderíamos deixar de registrar, a expressão "remissão" contida nos seus textos. Não devemos ler "remissão", que significa perdão, derivando do verbo remitir. O correto é a substituição para a expressão "remição", que deriva do verbo remir, significando indenizar, compensar, pagar, etc.

O art. 856 do Código Civil, antes de aplicado ao caso concreto, há de ser consultada primeiramente a Constituição Federal, arts. 22, XXV, 176, § 2º.

2.7. Das obrigações, do pagamento, do compromisso e juros legais (arts.863, 896, 900, 920, 955, 1.037 a 1.048, 1.062, 1.063) [82]

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, como já vimos, deriva de mandamento constitucional, e suas disposições que colidirem com o velho Código Civil, em se tratando de relação de consumo, têm primazia na aplicação, embora seja lei especial.

Nesse sentido, devemos seguir o raciocínio que as leis

" [...] especiais são, vida de regra, posteriores ao Código Civil e, em princípio, deve-se aplicar, em caso de incompatibilidade, a regra *lex posterior priori derogat*, valendo, desse modo, o critério cronológico. Sucede, porém, que o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil preceitua: ‘a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei

anterior'. Contudo, as leis especiais que 'limitam a extensão de eficácia na norma geral' subtraem desta a disciplina dos casos que especificam, hipótese na qual se aplica *lex specialis derogat generali*. Devem ser observados, em síntese, os seguintes critérios: havendo incompatibilidade entre duas normas especiais, prevalece a posterior; se a norma especial sobrevém a uma norma geral e com esta é incompatível, tem primazia sobre esta. Em resumo: a diferença entre a lógica geral do Código Civil e a lógica setorial das leis especiais autoriza a rejeição dos mesmos critérios interpretativos e, do mesmo passo, atribui prioridade aos microsistemas no choque com a norma geral." [83]

Está evidentemente claro, que o art. 863 do Código Civil, há de ser relido em sincronia com o art. 35, I, do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Tendo este último preferência, no caso de colisão, dependendo do caso a ser analisado. Veremos, mais adiante, outros casos parecidos.

Ao art. 896 do Código Civil, aplica-se o mesmo entendimento acima exposto, referente ao art. 863. Aqui, as disposições do CDC merecedoras de exame são os seus arts. 7º, parágrafo único, 18, 19, 25, §§ 1º e 2º, 28, § 3º, e 34.

No art. 900, novamente surge o caso da expressão "remissão" contida no texto. Já fizemos essa observação anteriormente no tocante aos arts. 814, § 1º, 816, 818, 817. Entendemos que o correto é substituir a expressão para "remição".

Voltamos ao CDC no respeitante ao art. 920 do Código Civil. Preceitua o art. 52, § 1º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, com redação determinada pela Lei nº 9.298, de 01 de agosto de 1996: "As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação." Não pode, pois, o artigo do Código Civil antes

citado ser mais lido isoladamente. O mesmo entendimento aplica-se ao art.955 do Código Civil, que dependendo do caso examinado, incide o art. 52, § 2º, do CDC: "É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos."

Estão revogados os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil, pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem. Revogação expressa.

Vejam os casos dos juros. Código Civil, arts. 1.602 e 1.603.

"Art.1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convençionados, [...] será de seis por cento ao ano. Art. 1.063. Serão também seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes convençionarem sem taxa estipulada."

Do que podemos deduzir é que, quando não houver pactuação, ou seja, se não convençionada a taxa entre as partes, os juros serão de seis por cento ao ano. Ambos os artigos (1.062 e 1.063), continuam em vigor, mesmo que timidamente. Não podemos, entretanto, deixar fora de comentário, que grande parte da doutrina e a jurisprudência entendem que o art. 192, § 3º, da Constituição Federal é norma que tem aplicação direta. Esse é também o nosso entendimento. Eis a redação do § 3º, do art. 192 antes referenciado:

Art. 192 [...]

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar."

No entanto, a nosso ver, a regra é a seguinte: no caso de não estipulação dos juros, os arts. 1.062 e 1.063, do Código Civil, devem ser aplicados ao caso. No caso de convenção até doze por cento,

nada há de anomalia, eis que dentro da norma constitucional. Entretanto, a convenção acima de doze por cento, transgride a norma constitucional, de aplicação direta. Vejamos algumas ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"Ação de Execução. Juros. Limite de 12%. Artigo 192, parágrafo 3., [sic] da CF. Anatocismo. Claro como o sol que as taxas de juros, excluída evidentemente a correção monetária, não poderão ultrapassar a 12%, sob qualquer alegação, pois este é o teto máximo, independentemente da lei complementar, que só é exigida, no caso, para punição ao crime de usura. A taxa de juros cobrada hoje pelas instituições financeiras são escandalosamente altas e irrealistas, já que contam com a complacência do governo. O que a norma constitucional prevê é medida altamente moralizadora e de grande interesse social, pois os únicos que lucram com a ciranda financeira são os Bancos (basta que se veja os últimos resultados de seus balanços (que demonstraram enormes lucros, sem contar aquilo que não aparece oficialmente). São eles os grandes interessados em fazer letra-morta de tal dispositivo. É auto-aplicável a disposição do art. 192, parágrafo 3., [sic] da CF. A cobrança de juros sobre juros, conhecida como anatocismo, mesmo permitida pelo contrato, é proibida por lei. Aplicação da Sumula 121, do STF. Provimento do recurso. (MGS)." [84]

"Embargos à execução. Cédula de crédito comercial. Cerceamento de defesa. Produção de provas. Capitalização e excesso de juros. Aplicação do art. 192, par. 3., [sic] da CF. Comissão de permanência. Revogação do benefício de gratuidade de Justiça. O anatocismo, capitalização de juros sobre juros é prática vedada por lei, não tendo sido revogado o art. 4. do Decreto 22.626/33. No caso das cédulas de crédito comercial, a capitalização dos juros é possível, ante a expressa permissão do art. 5. do decreto-lei n. 413/69. A cobrança de juros superiores a 12% (doze por cento) ao ano, constitui violação ao

direito do devedor, 'ex vi', do par. 3., [sic] do art. 192, da CF. (WLS)" [85]

"Embargos do Devedor. Taxa de juros. Comissão de permanência. Código de Defesa do Consumidor. Aplicam-se as regras do Código de Consumidor aos contratos que envolvam créditos, como os de mútuo, de abertura de crédito, de cartão de crédito, de aquisição de produto além de outros desde que configurem relação jurídica de consumo. A cobrança de juros de 12% (doze por cento) ao ano constitui violação ao direito do devedor, 'ex vi', do par. 3, [sic] do art. 192, da CF. (MTC) [86]

Reproduzidas as ementas capturadas on line, com algumas incorreções de digitação, verifica-se a correção do nosso entendimento. E mais, continua vigorando o Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, que dispõe sobre os juros nos contratos, inteiramente recepcionado pela Carta Magna atual. Prescreve o caput do art. 1º do referido decreto que: "É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. n. 1.062)". Por seu turno o § 3º do art. 1º, do mesmo diploma legal, dispõe que: "A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial." E arremata o decreto no seu art. 4º: "É proibido contar juros sobre juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano."

Há de ser examinado também detidamente e harmoniosamente, em se tratando de relação de consumo, os arts. 46 e 52, II, do CDC:

"Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos

instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

[...]

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

[...]

II- montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros.

É imprescindível essa análise, eis que, com ressalvas às relações de caráter trabalhista, "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito de securitária*, [...]" (§ 2º, art. 3º, do CDC). [grifo nosso]

Para englobar o assunto, temos ainda a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal a dizer:

"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada." Essa é a regra, pois que a Súmula 596, que muitos usam para confundir esse entendimento, não guarda sintonia ao caso. Se não vejamos: "Embargos à execução. Excesso de Execução. Juros infringentes. Lei da Usura. Desatualidade da Súmula 596. Procedência dos embargos." [87]

2.8 Dos contratos e das várias espécies (arts. 1.079, 1.081, 1.101, 1.105, 1.119, parágrafo único, 1.122, 1.134, 1.216, 1.245, 1.263, 1.287, 1.325, 1.299, 1.346, 1.359, 1.360, 1.361, 1.262, 1.371, 1373 e 1.399) [88]

O art. 1.079 do Código Civil, não pode deixar de ser lido com o os arts. 18, § 2º, segunda parte, e 54 do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Idem o art.1.081, com os arts. 33 e 49 do CDC, pois que, considera-se também presente a pessoa que contrata por meio de telefone ou em domicílio. Idem o art.1.101, com os arts. 18, §

1º, 20 II, 26, 27, 35, III, 41, 51, II do CDC. Idem o art. 1.105, com o art. 18, §§ 1º a 6º, do CDC.

Relativamente ao art. 1.119, parágrafo único, deve-se ler "alienante", não "adquirente", como se encontra no texto. Fica registrado.

O art. 1.122 do Código Civil. Sobre contrato de adesão, cf. os arts. 18, § 2º, segunda parte, e 54 do CDC. Cf. Súmulas 423 e 489 do Superior Tribunal Federal e 49 do Superior Tribunal de Justiça.

Somente para não passar sem registro. No texto deste artigo está "o meu pagamento da dívida." Entretanto, nos códigos consultados, ambos constam "ou em pagamento da dívida."

O art. 1.216 do Código Civil, há de ser lido em conjunto com os arts. 12 a 27 do CDC.

O art. 1.245 do Código Civil. A Súmula 194 do Superior Tribunal de Justiça diz que: "Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra." Referido artigo, ainda fala em cinco anos.

O art. 1.263 do Código Civil, tem imperiosa necessidade de ser lido conjuntamente com o art. 52, § 2º, do CDC, pois que, em se tratando de relação de consumo, a amortização do débito antecipada, é permitida, "total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos." Ainda nesse sentido, temos em plena vigência, o Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, recepcionado pela atual Carta Magna, que em seu art. 7º, diz: "Art. 7º O devedor poderá sempre liquidar ou amortizar a dívida quando hipotecária ou pignoratícia antes do vencimento, sem sofrer imposição de multa, gravame de qualquer natureza por motivo dessa antecipação."

Não pode, jamais, a nosso ver, ser lido isoladamente, senão em sincronia com o art. 5.º, LXVII, da Constituição, o art. 1.287 do Código Civil. Cf. a Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal.

Relativamente a mandato (art. 1.325 do Código Civil), já tivemos a oportunidade de nos pronunciar anteriormente no subitem 2.1, supra.

Os arts. 54, II, "c", e 128, § 5º, II, "b", da Constituição Federal, também devem ser lidos, conforme o caso.

O art. 1.299 do Código Civil, está implicitamente revogado. Cf. Constituição Federal, art. 226, § 5º. Além do que, o Estatuto da Mulher Casada – EMC, suprimiu a restrição do referido artigo. A nosso ver está implicitamente revogado, em face da redação do art. 242, pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que é compatível com as normas e princípios constitucionais de direito civil, trazidos pelo sistema constitucional atual.

Os arts. 1.346 a 1.362 estão explicitamente revogados pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1996, que alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais. Cf. o art. 115 da lei antes referida.

"Celebaram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns." É a redação do art. 1.363 do Código Civil. Esta disposição há de se lida em total harmonia com o art. 5.º, XVII a XXII, de aplicação direta.

No tocante ao art. 1.371 do Código Civil. Cf. os arts.15 a 17 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Antes de se aplicar os arts. 1.373 e 1.399 do Código Civil, necessário que examinemos o art. 3º da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão (UNIÃO ESTÁVEL); o art. 5.º da Lei nº 9. 278 de 10 de maio de 1996, que regulamentou o § 3º da Constituição Federal. Por sua vez a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal diz: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio pelo esforço comum." Entendemos que a súmula antes reproduzida, perdeu o seu significado, em face das disposições emergentes dos

arts. 3º e 5º, das leis anteriormente citadas (Leis 8.971/94 e 9.278/96), microssistemas derivados de normas constitucionais.

2.9. Das obrigações por atos ilícitos e liquidações resultantes (arts.1.518, 1.547 a 1.552) [89]

O art. 1.518 do Código Civil, antes de qualquer aplicação devemos fazer uma leitura comparativa com os arts. 5.º, V, X, e LXXXV, e 37, § 6º e 220, § 1º, da Constituição, todos de aplicação direta. As Súmulas 28, 161, 229 do Supremo Tribunal Federal, são muito importantes. Vejamos o que dizem, por ordem. A 28: "O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista." A 161: "Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar." A 229: "A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador." Cabe-nos, observar, que "atualmente, a culpa, ainda que leve, também dá lugar à indenização de direito comum" [90] Nesse contexto, também julgamos importantes as Súmulas 37, 130, 132 e 145 do Superior Tribunal de Justiça. Eis o que dizem, por ordem. A 37: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. A 130: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido sem eu estabelecimento." A 132: "A ausência de registro de transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente, que envolva o veículo alienado" e a 145: " No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa."

Entretanto, na fixação do dano moral, devemos levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Esse entendimento é proveniente da conclusão 11 do IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo, nos dias 29 e 30 de agosto de

1997, à unanimidade. A proporcionalidade e a razoabilidade, devem atender, entretanto, as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. No mesmo Encontro a conclusão 9, também por unanimidade diz: "O dano moral e o dano estético não se cumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral."

Os arts. 1.547 a 1.552, designam algumas hipóteses de reparação de danos morais. Entretanto, a Constituição permite em mais algumas hipóteses (art. 5.º, V e X). Em suma, os princípios e normas constitucionais de direito civil estão acima de qualquer aplicação infraconstitucional. Basta ver, as súmulas citadas e a conclusão 10 e 9 do IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, em 1997.

A doutrina enfrenta diferentes posições no que se refere a dano moral à pessoa jurídica. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, mediante expedição da Súmula nº 227, passou a entender que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral." [91]

2.10. Direito das sucessões (arts. 1.572, 1.603, 1.605, § 1º, 1.609, 1.610, 1.611, 1.618, 1.626, 1.719, 1.720 e 1.744) [92]

O art. 1.572 do Código Civil, não pode ser aplicado ao caso concreto sem antes ser consultada a Constituição Federal, art. 5.º, XXVII, XXX e XXXI, conjugado com o art. 2º da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Isso porque hoje o companheiro ou companheira, com nova nomenclatura "conviventes", podem, dependendo da situação, ser sucessores do autor da herança. O mesmo acontece com o art. 1.603 do Código Civil. Na sua aplicação há de ser lido em primeiro plano os arts. 5.º, XXXI, 227, § 6º, da Constituição, arts. 2º e 3º da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Cf. ainda a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), art. 10, § 1º, com redação atualizada pela Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995.

O art. 1.605 do Código Civil, requer sua releitura com o art. 227, § 6º, da Constituição, reproduzido no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que dispõe que "os filhos adotivos passaram a ter, em tudo, os mesmos direitos que os demais, não podendo negar-lhes equiparação com os outros em matéria de sucessão." Entretanto, o § 1º, do citado artigo do Código Civil, foi expressamente revogado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

O nosso ver, o art. 1.609 do Código Civil, está implicitamente revogado pelo art. 41, § 2º, do ECA, que colidindo com o texto do Código, estabelece que "é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e

colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária." Assim dispunha o art. 1.069 antes citado: "Art. 1.069. Falecendo sem descendência o filho adotivo, se lhe sobreviverem os pais e o adotante, àqueles tocará por inteiro a herança. Parágrafo único. Em falta dos pais, embora haja outros ascendentes, devolve-se a herança ao adotante."

O art. 1.610 do Código Civil, não pode ser aplicado, sem primeiramente uma leitura dos arts. 227, § 6º, da Constituição e 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, porquanto o descendente ilegítimo, atualmente, tem sempre direito à sucessão do ascendente, nas mesmas condições do filho nascido de legítimo matrimônio. Idem o art. 1.611 do Código Civil, que não podemos aplicar mais isoladamente. Antes temos que ler atentamente o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, conjugado com os arts. 1º a 3º da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º, do art. 226, da Constituição Federal.

Cf. ainda, o art. 10, § 1º, da LICC – Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, com redação determinada pela Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995.

O art. 1.618 do Código Civil é incompatível o art. 41, § 2º, do ECA. Entretanto, subsiste o art. 1.618, nas adoções de maior de dezoito anos, haja vista que o ECA restringe-se a regular a adoção de crianças e de adolescentes, consoante previsto no seu art. 39, caput. No que se refere a testamento (art. 1.626 do Código Civil), o testador também pode nomear tutor a menor (art. 407, parágrafo único do Código Civil), instituir beneficiário em seguro de vida (art. 1473, primeira parte do Código Civil), e reconhecer filho havido fora do casamento, consoante previsão do art. 26, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA)

Quanto ao art. 1.719 do Código Civil, é bem apropriada a Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal que diz: "É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina." Entretanto, com mais propriedade à evolução trazida pelas normas e princípios constitucionais de direito civil está o seguinte julgado:

"Validade de instituição de legado à companheira. Distinção entre companheira e concubina. Inteligência do art. 1.719 do Cód. Civil. refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1.719, III, do Código Civil. Impende dar à lei, especialmente em alguns campos do Direito, interpretação construtiva, teológica e atualizada."(RSTJ 3/1.075). [94]

De se observar a magnitude do julgado antes reproduzido, que não teve outra inteligência senão negar interpretação literal ao texto do

art. 1.719, III, do velho Código, palmilhando à modernidade trazida pelas normas e princípios constitucionais de direito civil.

O art. 1.720 do Código Civil. Cf. os arts. 5.º, I, e 226, § 5º, da Constituição Federal. Assim, "homem casado poderá contemplar filho de sua amante no testamento, desde que ele seja também seu filho (AJ, 70:2229; RF, 212:86). [95]

No que toca ao art. 1.744 do Código Civil, é aplicável também ao filho contraído fora do casamento (arts. 5.º, I, 227, § 6º, da CF) e Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos; Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, o art. 26 do ECA - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem assim a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Por último, temos o art. 1.746 do Código Civil. Cabe-nos aqui observar, que de acordo com o art. 1º, caput e inciso III, da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, pode haver testamento de filhos contraídos fora do matrimônio, entretanto, uma vez feito, o testamento é irrevogável.

CONCLUSÃO

Antes da vigência da Constituição atual, em 1985, disse Orlando Gomes [96] de forma irretocável, já àquela altura, que " [...] , apesar de continuar a ser o ponto de referência das reflexões habituais, o Código civil entra em agonia." E mais, que decaía " [...] em perigoso equívoco os aplicadores do Direito que interpretam as leis especiais utilizando critérios e diretrizes da exegese do Código Civil." Queria o saudoso mestre, de irrepreensível saber jurídico nos advertir, que o sistema estava morrendo, padecia de agonia, sentia-se abatido, destruído em face da incontestável evolução social, econômica e industrial que o tempo autorizou. O Código, àquela altura já era um enfermo, portanto não funcionava bem. Dependia de uma força maior do que a sua e apta a diuturnamente e lhe prestar socorro. Essa

força, era e é a Constituição Federal, que como se estivesse de prontidão, similar a um pronto-socorro móvel, tal como um médico destituído de pretensões patrimoniais materiais econômicas, se insere no contexto social das camadas da população mais humildes, e mediante remédio e alimentação adequados, o alimenta com as suas normas e princípios constitucionais de direito civil, e ainda o vivifica.

Em 1916, toda legislação civil foi unificada em um só corpo, na tentativa bem justificada de que o manuseio e a consulta em um único repertório seria bem mais eficiente. Conquanto, em 1985, o Código Civil já agonizava, segundo afirmativa que já nos referimos em nota anterior, e hoje, pela repercussão direta das normas e princípios constitucionais de direito civil, que trouxe sensível alteração na parte social, dando-se mais valor ao homem pelo ser que é do que pelo o ter no seu sentido patrimonial, assim como, um moderno e atualizado enfoque ao conceito de família, equiparando homens e mulheres em direitos e deveres, os filhos em igualdade, sem distinção, o princípio da dignidade humana, a proteção do consumidor, os direitos da personalidade, o fim social da propriedade, objetivando a constituir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a prevalência dos direitos humanos, inclusive. A garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança. A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. A nosso pensar, foi progresso demais para que uma legislação, que teve o seu ideal em idos 1916, agüentasse tamanho impacto.

A incidência da Carta atual, requer do operador do Direito tremenda capacidade interpretativa, para fazer valer a aplicação direta de suas

normas e princípios.

Nesse conflito do Pacto Fundamental com as leis infraconstitucionais, podemos afirmar que o Código Civil, deixou de agonizar. Está, na realidade, em estado comatoso, à beira da morte, necessitando, portanto, de uma extrema-unção, em respeito aos seus criadores que àquela época palmilharam a modernidade da codificação, ao nosso raciocínio, hoje não mais operacional. É assim mesmo que ocorrem as mudanças sociais e econômicas. Embora não estejam sujeitas aos nossos sentimentos, mas sim às necessidades sociais em sentido mais amplo da palavra. E assim a humanidade vai caminhando, tendo a necessidade de acompanhar e seguir a sua própria evolução. E o tempo, sempre foi um grande conselheiro, por sinal, muito respeitado.

Juristas de ímpar respeitabilidade, em 1916, jamais poderiam imaginar ou ser adivinhos de que hoje teríamos a internet ligando o mundo, o transplante de órgãos, a fecundação artificial e a filiação dela resultante, possíveis pai e mãe biológicos, o reconhecimento da paternidade mediante do simples exame DNA (ácido desoxirribonucléico), a igualdade entre homens e mulheres, entre os filhos, sem distinção, o projeto genoma, e mais recentemente a clonagem. Estamos aqui para exaltá-los, pelo que fizeram, o genial Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, e tantos outros memoráveis profissionais do Direito.

Hoje, o advogado, o jurista, não de ter resposta ao seu questionamento de forma rápida e eficiente, o que, no tempo da codificação, era impossível.

Miguel Reale, presidente da comissão encarregada de elaborar o projeto do novo Código Civil, de inegável saber jurídico, com todas as garras defende ferrenhamente, o imediato lançamento do novo Código. Trata-se de projeto que atuou como profissional, e de quem, respeitosamente, discordamos.

Esse projeto, elaborado em 1975, diante da sua vagarosa tramitação, sobreveio a Constituição de 1988. Assim, a obra adormecida no Congresso Nacional, feita para uma época, teve que ser revista e emendada, em decorrência da modernidade trazida ao seio da sociedade, pela Constituição em vigor, fundada em outros princípios. Produzidas as emendas, no pensamento de se adaptar o projeto do novo Código Civil à atual Carta Política, tal perspectiva, a nosso ver não se consumou, pois que " [...] a transformação já efetuada por normas como lei de divórcio, [...] ou a lei instituidora do código de proteção ao consumidor, levou a cabo a mais radical transformação do direito privado brasileiro, avançando muito mais do que o atual Projeto do Código Civil." [97]

E mais, sendo o projeto apresentado, em 1975, portanto há vinte e cinco anos. "A época era outra; os princípios constitucionais, que representavam toda a base do nosso direito, eram, em muitos aspectos, diferentes daqueles presentes em nossa atual Constituição. [...] A lei é para ser aplicada ao futuro e não ao passado." [98]

O importante, entretanto, para nós, é o fato de que se as normas e princípios constitucionais de direito civil, incidem diretamente ao caso jurídico a ser examinado pelo operador do Direito, uma singela lei infraconstitucional, jamais obstará que isso aconteça.

O legislador ordinário, com sua competência, pode até diminuir que tal repercussão ocorra, em face de um melhor esclarecimento interpretativo da norma ordinária. Fato inegável portanto, são que as normas e princípios constitucionais, hão de merecer aplicação direta, em qualquer fase da vida jurídica. Outrora, como hoje, sempre tiveram e terão a sua aplicação, em grau maior ou de menor intensidade, mas sempre.

Queda em equivocado raciocínio aqueles que, por conta do advento do novo Código Civil, pensam que as normas e princípios

constitucionais de direito civil estarão todos disciplinados dentro do Código, e assim regulamentados.

Compulsar tão-somente uma legislação infraconstitucional, para aplicar o Direito, é o mesmo que deixar uma embarcação sem o timão, retirar o seu leme, desvirtuar o verdadeiro caminho do Direito no seu sentido científico, agir amadoristicamente. Devemos sim, antes de qualquer providência, em primeiro plano, ter acesso à Constituição. Verificar cuidadosamente quais os dispositivos de leis anteriores à sua vigência que não colidiram com o seu texto, assim permanecendo em vigor pela via da recepção, e quais os dispositivos de leis anteriores ou editadas após a sua vigência, colidente com o seu texto, e assim, não foram recepcionados ou se encontram revogados, e isso valerá, caso venha a entrar em vigor o novo Código Civil.

A experiência nos ensinou, o tempo é bom conselheiro, e hoje a cultura jurídica mostra, que os Códigos ditos setoriais, apresentam melhores resultados, assim como são mais modernos e eficientes. O Código de Defesa do Consumidor – CDC, e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, são alguns exemplos disso.

Diante da dinâmica do Direito, a codificação não resolve a sua rápida evolução. A sua incessante atualização não será objeto de prática constante, e por via de consequência não acontecerá a constante atualização como requer a transformação jurídica moderna. Defensor da edição do "novo Código" [?] , Jones Figueiredo Alves reconhece que: "A sua atualização, indubitavelmente, há de ser permanente, em compasso com as mudanças e as expectativas de uma sociedade cada vez mais consciente do seu exercício de cidadania." [99]

Parece-nos, que assiste razão a Gustavo Tepedino, [100] quando escreveu o seu artigo intitulado "O Velho Projeto de um Revelho Código Civil", o insigne professor registrou a sua insatisfação, enfatizando a pretensão de "o Senado Federal fazer a sociedade

brasileira engoli-lo, garganta abaixo, sem a necessária discussão quanto à sua conveniência, bem ao estilo dos anos sombrios e autoritários em que foi originariamente redigido."

Em suma, são os princípios e normas constitucionais de direito civil, orientando o operador do Direito o caminho exato a ser seguido, quando conflitante com quaisquer outras normas, codificadas ou não, que todos devem conhecer e aplicar, em sintonia, mas sempre com supremacia ao ordenamento infraconstitucional que se esteja examinando.

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] AMARAL, Francisco. *Direito civil introdução*. 2.ed. rev. São Paulo : Renovar, 1998,p.116
- [2] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p.
- [3] Ibidem, p. 7 et. seq., nota 2.
- [4] GOMES, Orlando. A agonia do código civil. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo : Forense, ano IV, n. 7, p. 9, jul./1985
- [5] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília : Senado Federal, 1988, art. 5º, I, "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;" § 2º do art. 143, "As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir." § 5 do art. 226 "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."
- [6] FACHIM, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 110-111.
- [7] ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 151-152. Ibidem., p. 151.

Importantíssimo registrar algumas abordagens. "Um Estado Democrático deve atentar para a multiplicidade de vontades, tendências e individualismos presentes em seu seio. [...] Os direitos da personalidade englobam direitos inatos ao indivíduo, decorrentes de sua situação de ser humano. Dentre eles, o direito à integridade física e moral, à intimidade, à privacidade, ao próprio corpo, assim como a sua orientação sexual. [...] A Constituição brasileira de 1988 enumerou os princípios fundamentais que devem reger as relações no Estado brasileiro. Esses princípios, regras mestras do sistema jurídico nacional, produzem efeitos na interpretação das normas e na aplicação do direito."

[8] PRELINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* : Introdução ao direito civil constitucional. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1977, p. 69-70.

[9] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [on line] . Brasília, 28 fev. 2000. Disponível: <http://www.stj.gov.br/netacgi/nph-brs?sl> [capturado em 28 fev. 2000] .

[10] PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. p. 11-12, nota 8. O autor, culto professor da Universidade de Camerino, Itália, faz referência à teoria da aplicabilidade indireta das normas e princípios constitucionais, bem assim da teoria da aplicabilidade direta dessas normas e princípios, sendo essa última a posição aceita.

[11] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5.ed. rev., e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 20. Ibid., p. 19-20, o eminente jurista faz colocações inerentes ao tema, dignas de registro: "Era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma de que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal

e trabalhista), com o penalista, com o comercialista. Isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o País ser tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim. Daí por que não se vinha dando grande importância ao Direito Constitucional, já que nossas Constituições não eram respeitadas, tampouco aplicadas efetivamente. A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida em que na extensão que deveria, caracterizando-se apenas, ao ver dos operadores do direito, com mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte. Entretanto, paulatinamente esse estado de coisas tem mudado. É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo a interpretação e aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o Direito Constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar : o de base fundamental para o direito do País."

[12] ARAUJO, Luiz Alberto David. Op. cit. p. 75, nota 7.

[13] Ibidem., p. 94.

[14] FACHIN, Luiz Edson. Op. cit. p. 109, nota 6. Este autor assevera nesta obra que " [...] às novas contingências. Tais normas, passaram a ser aplicadas com maior frequência do que o próprio Código, o que resultou no seu deslocamento da posição de estatuto fundamental da sociedade civil para a condição de lei supletiva e subsidiária. Essa nova realidade fez com que o civilista contemporâneo passasse a direcionar sua atenção à defesa da pessoa e dos seus interesses inalienáveis, afastando-se do ideal de defesa da burguesia."

[15] MORES, Maria Celina Bodim de. A caminho de um direito civil

constitucional. *Revista de direito civil* : São Paulo, v.65, p. 21-32, jul./set., 1993.

[16] REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2.ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 10.

[17] PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 299, et. seq.

[18] SILVA, De Plácio e. *Vocabulário jurídico*. 15.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p.639. Cf. ibidem, p. 558 et. seq. O autor firma conceito de norma, 'norma agendi', norma atributiva, norma autônoma, norma declarativa, norma dispositiva, norma fundamental, norma imperativa; legal, limitativa, modificativa, negativa, permissiva ou facultativa e proibitiva.

[19] SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 558, nota 18.

[20] BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., nota 5. O art. 48 do Ato das Disposições Transitórias dispõe que " O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor." O art. 170, V, dispõe, no caput "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ao ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. Inciso V – defesa do consumidor." Em obediência a essas determinações foi editada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor – CDC.

[21] ARAUJO, Luiz Alberto David. Op. cit. p. 81-84, nota 7

[22] Ibidem., p. 94-95. À página 95 o autor faz advertência de suma importância: "Ressalte-se que a Constituição, como sistema harmônico de normas, não pode apresentar disposições que se contrariem. Dessa forma, se ocorrer, num caso concreto, um conflito aparente entre duas normas principiológicas, ao se interpretar a Constituição, devemos nos socorrer do princípio da proporcionalidade. [...] Cite-se ainda o princípio da razoabilidade, que

determina dever existir uma perfeita sincronia entre o que é posto na norma e qual dela é feito na experiência sociopolítica."

[23] NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p.163-164, nota 11

[24] BUECHELE, Paulo Armino Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. 220p.

[25] AMARAL, Francisco. Op. cit., p.136, nota 1

[26] Ibidem, p. 136.

[27] Ibidem, p. 136.

[28] Ibidem, p. 135.

[29] Ibidem, p. 146.

[30] SEREJO, Lourival. *Direito civil constitucional da família*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p.60

[31] AMARAL, Francisco. Op. cit. p.136-137, nota 1

[32] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Paternidade desbiologizada. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 out./1997. Cotidiano.

[33] LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. Jus Navigandi [on line]

.Teresina,10mar.2000.Disponível:<http://www.jus.com.br/doutrina/constide.html> [capturado em 10 mar. 2000] . Nesta página, o mestre, doutor em Direito, registra que "a concepção de propriedade, [...] é mais ampla que o tradicional domínio sobre as coisas corpóreas, principalmente imóveis que os códigos civis ainda alimentam."

[34] Ibidem. [on line] nota 33. Nesta página o autor invocando o magistério de LUIS ROBERTO BARROSO, adverte que: "Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, [...] entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito."

[35] Ibidem. [on line] nota 33.

[36] Ibidem. [on line] nota 33.

[37] Ibidem. [on line] nota 33.

[38] AMARAL, Francisco. Op. cit., p.137, nota 1. Ibid., p.139, este

mestre adverte: "a função social liga-se ao exercício da propriedade de acordo com as exigências do bem comum. Significa que o proprietário não tem apenas poderes, mas também deveres no exercício do seu direito."

[39] MOTTA, Maria Clara de Mello. *Conceito constitucional de propriedade* : Tradição ou Mudança? Rio de Janeiro : Lumem Juris, 1997, p. 49-50. Esta obra é proveniente de amplo e profundo processo de investigação científica, e constituiu a dissertação de mestrado da autora, no programa de Pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC - Rio, defendida, em 1996. Para tanto, a pesquisa baseou-se num estudo comparado das Constituições de 1824, 1924 e 1998. Ibidem, p.120-121, a mestra faz referência a "propriedade intelectual compreende dois domínios distintos: um, relativo a invenções, marcas, desenhos, e modelos industriais; outro, referente a produções intelectuais literárias, científicas e artísticas. Além disso, embora compartilham proteção constitucional, cada um dos domínios sofre regulamentação diferenciada específica, [...] o primeiro em disposições comerciais, o segundo, em civilistas. [...] De cunho moral, constitui o direito de ligar ser próprio nome à obra, e dele resulta tanto a possibilidade de alteração da obra pelo autor, quanto a vedação de qualquer modificação por terceiros."

[40] Ibidem, p. 199 et. seq., nota 39

[41] TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p., 13, nota 2

[42] Ibidem, p.13.

[43] Ibidem, p.16.

[44] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. 160 p.

[45] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* : Teoria Geral do Direito Civil. 15.ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1999, v.1, p. 100-101.

[46] Ibidem, p.100, nota 45.

[47] Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (nº 634/75, na Casa de Origem), de iniciativa do Senhor Presidente da República, hoje em tramitação na Câmara Baixa. Muito se discute a respeito deste projeto. A maioria dos doutrinadores acha que como está, o novo Código Civil não atenderá ao contemporâneo.

[48] TEPEDINO, Gustavo. Op. cit.p., 17, nota 2

[49] NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação em vigor*. 18.ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999., p.49.

[50] Estatuto da Criança e do Adolescente. ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 21.

[51] Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

[52] STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial* : doutrina e jurisprudência. 4.ed. rev. atual., e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999., p. 508. O Autor faz referência ao "(STJ – 1ª T. REsp. – Rel Gomes de Barros – j. 17.11.93 – RSTJ55/132). Cf. também CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 2.ed. rev. aum. e atual. São Paulo : Malheiros, 1999, p., 164

[53] DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 5.ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999, p., 27. Cf. nesse sentido a Lei nº 8.884/94.

[54] NEGRÃO, Theotonio. Op. cit., p.55, nota 49.

[55] Ibidem, p. 50.

[56] Ibidem, p. 60.

[57] Ibidem, p.59

[58] BRASIL. Constituição (1988). Op. cit., nota 5.

[59] NEGRÃO, Theotonio. Op. cit., p.69, nota 49.

[60] Ibidem, p.83.

[61] SUPEIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [on line] . Brasília, DF, 17 mar. 2000. Disponível: <http://www.stj.gov.br/netacgi/nph-brs?s1> [capturado em 17 mar. 2000] .

- [62] SEREJO, Lourival. Op. cit., p. 86, nota 30.
- [63] Ibidem., p.86-87
- [64] Ibidem., p. 85-86
- [65] Ibidem, p. 21.
- [66] Ibidem, p. 23.
- [67] Ibidem, p. 23-24
- [68] Trecho do voto do Desembargador Léo Afonso Einloft, na Apelação Cível nº 594086415, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citado por SEREJO, Lourival. Op. cit., p. 97, nota 30.
- [69] WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro : O Novo Direito de Família. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1999. v. 4., p.97-98.
- [70] Ibidem, p. 98
- [71] SEREJO, Lourival. Op. cit., p. 63, nota 31
- [72] REVISTA DOS TRIBUNAIS [on line] . São Paulo, 23 mar. 2000. Disponível: <http://linux.tesla.com.br/rt-cgi/search.pl?busca> [capturado em 23 mar. 2000] .
- [73] SEREJO, Lourival. Op. cit, p. 90-91, nota 30
- [74] Ibidem, p. 90-91.
- [75] Ibidem, p. 30, 121-130, passim.
- [76] Ibidem, p.63
- [77] NEGRÃO, Theotonio. Op. cit., p.251-254, nota 49.
- [78] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 839, nota 53
- [79] SAMPAIO, Pedro. " citado por " SEREJO, Lourival. Op. cit., p. 85-86, nota 30.
- [80] Nesse sentido cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.524 et seq., nota 53 e NEGRÃO, Theotonio. Op. cit. p., 145 et seq., nota 40.
- [81] NEGRÃO, Theotonio. Op. cit., p. 183, nota 49, e DINIZ, Maria Helena. Op. cit, p.606, nota 53
- [82] Ibidem, p. 187. Ibidem, p. 628.
- [83] Ibidem, p. 196 et seq. Ibidem, p. 661 et seq.

[84] GOMES, Orlando. Op. cit., p.4, nota 4

[85] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO [on line] . Rio de Janeiro, 20 mar. 2000. Disponível: http://www.tj.rj.gov.br/consulta/frameconsula_we.htm [capturado em 20 mar. 2000] . As partes neste julgado são "PAULO CESAR STRAUCH e BANCO DO BRASIL S/A. Ementário: 20/00 – N. 15 – 03/02/2000. Tipo da Ação: APELACAO CIVEL. Número do Processo: 1999.001.14737. Registrado no Sistema em 20/12/1999 Órgão Julgador: NOVA CAMARA CIVIL. Votação: Unanime DES. PAULO CESAR SALOMAO. Julgado em 03/11/1999." [sic]

[86] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO [on line] . Rio de Janeiro, 20 mar. 2000. Disponível: cf. p., nota 85 [capturado em 20 mar. 2000] . As partes neste julgado são: "CARLOS HENRIQUE BOELHO e BANCO DO BRASIL S/A. Tipo da Ação : APELACAO CIVIL. Número do Processo : 1999.001.8704. Registrado no Sistema em 09/12/1999. Folhas : 101563/101570. Comarca de Origem : Capital. Órgão Julgador : DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVIL. Votação : Unanime. DES. NESTOR LUIZ BASTOS AHRENDTS. Julgado em 11/11/1999. [sic]

[87] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. [on line] Rio de Janeiro, 20 mar. 2000. Disponível : cf. p., nota 85. [capturado em 20 mar. 2000] . "Partes BANCO DO BRASIL S/A e RICAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. Tipo de Ação : APELACAO CIVEL. Número do Processo: 1999.001.7606. Registrado no Sistema em 23/02/2000. Folhas 10760/10766. Comarca de Origem: Canta Galo Órgão Julgador : DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL. DES. NESTOR LUIZ BASTOS AHRENDTS."

[88] Cf. Ementa da Ap. Cível 194249132. 4ª C. Cível, Arroio do Meio. Apelante Suinícola Arroio do Meio e Telmo Stache. Apelado Banco

Meridional do Brasil. Nesse sentido o professor Maurício Jorge Mota, enviou aos seus alunos, petição de Ação Ordinária de revisão de contrato c/c repetição em dobro de indébito, pedido de depósito incidente e pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, distribuída por dependência com a Ação Cível nº 98.001.195.833-8, na 34ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que à p. muito apropriadamente registra: "Ora, qual a taxa de juros prevista pelo sistema jurídico brasileiro ? É aquela disposta no art. 1063 do Código Civil e no art. 1º, § 3º, do Decreto nº 22.626 de 07.04.1993: [...] Deste modo, não tendo sido a cláusula sobre a taxa efetiva de juros anual estabelecida de maneira válida e, portanto, sendo nula de pleno direito (art. 51, caput, do CDC), a fixação da referida taxa se subsume na regra geral prevista no art. 1063 do Código Civil e no art. 1, § 3º do Decreto nº 22.626/33, qual seja, entende-se que as partes acordaram em juros de seis por cento ao ano."

[89] NEGRÃO, Theotônio. Op. cit., p.233-261, nota 49 e DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.770-917, nota 53.

[90] Ibidem, p.278-283. Ibidem, p.971-983.

[91] Ibidem, p. 278, nota 49.

[92] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [on line] . Brasília – DF. 04 abr. 2000. Disponível: <http://www.stj.gov.br/netacgi/nph-brs?s1> [capturado em 04 abr. 2000] .

[93] NEGRÃO, Theotônio. Op. cit., p.290-315, nota 49 e DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.1.003-1.086, nota 54

[94] Ibidem, p. 311, nota 49

[95] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 1.073, nota 53

[96] GOMES, Orlando. Op. cit., p.3-9, nota 4

[97] MARCHONI, Jarbas e FRANCO, Marina Santoro. Aprovação seria um retrocesso. *Revista Consultor Jurídico* [on line] . São Paulo, 27 ago. 1998. Disponível :

<http://cfc.uol.com.br/consultor/arti.cfm?numero=633> [capturado em 29 mar. 2000]

[98] Ibidem, [on line]

[99] ALVES, Jones de Figueiredo. A reforma do código civil : Uma apreciação das emendas de reforma. Enfoque das modificações essenciais propostas, com ênfase ao aperfeiçoamento do texto. *Jus Navigandi* [on line] . Teresina, 11 abr. 2000. Disponível : <http://www.jus.com.br/doutrina/refcciv.html> [capturado em 11 abr. 2000] . O autor é desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, assessor jurídico da Comissão Especial de Reforma do Código Civil e defende a sua edição, mas a nosso ver é incoerente, tendo em vista a nota que registramos no texto monográfico. O desembargador proferiu palestra perante a Comissão Especial de reforma do Código Civil da Câmara dos Deputados, em 22 de setembro de 1999, convidado que foi pelo deputado Michel Temer, presidente da Câmara dos Deputados (Ofício GPO-3172/99), a contribuir com os estudos finais, para a elaboração do Relatório Geral da Comissão, ficando à disposição daquela Casa Legislativa, a partir de 01 de novembro de 1999.

[100] TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 439, nota 2