

# DOCTRINA

---

---

## A AGONIA DO CÓDIGO CIVIL

ORLANDO GOMES

SUMÁRIO: 1. O problema. 2. A tese. 3. O polissistema. 4. Sentido e alcance das leis avulsas. 5. O perigo da colisão. 6. Inviabilidade do monossistema. 7. Código e Constituição. 8. A maré estatizante. 9. O reflexo. 10. O direito promocional. 11. Ontem e hoje.

### 1. O Problema

A passagem do monossistema ao polissistema dos institutos do direito civil é um dos fenômenos característicos da evolução contemporânea do Direito.

Até o desencadeamento da primeira guerra mundial, em 1914, o Código Civil era um texto único no qual estavam reunidas e sistematizadas as regras gerais do direito comum na órbita privada.

O BGB — Código Civil alemão — condensara em estilo altamente técnico os princípios aplicáveis às relações entre particulares na sociedade civil e estimulara as codificações em outros países com o mesmo espírito sistemático, mas sem o mesmo rigor dogmático.

A partir do terceiro decênio do século em curso, *normas especiais*, editadas para disciplinar certas categorias de relações, passaram a “ocupar espaços de aplicação cada dia maiores”, ao ponto de terem um consumo superior ao dos preceitos do Código Civil.

Ocorreu, em síntese, como salienta um escritor, a revolta contra a norma *standard*, a ruptura da unidade, da generalidade e da simplificação.

A proliferação das leis especiais foi tão copiosa que, a partir dos anos 50, o legislador deparou-se com uma alternativa:

a) ou a fixação do movimento de especialização em textos orgânicos, que deixem sobreviver o Código Civil, introduzindo o particularismo jurídico;

b) ou um novo Código Civil<sup>1</sup> mediante recodificação.

A preferência, nos países de maior tradição codificante, foi e continua sendo pela primeira solução, alguns deles, como a França, pelo método da Novela, isto é, revogando normas do Código Civil e ditando, nele próprio, com a mesma seqüência numérica das anteriores, as novas regras. Justifica-se essa opção?

## 2. A Tese

Para entendê-la e aceitá-la, é preciso recordar que a codificação é um produto da história das instituições ocidentais, elaborado no curso de um processo cultural que está se esgotando na sua peculiaridade cronológica.

Segundo TARELLO, a idéia da codificação, fermentada na segunda metade do século XVIII e nos primeiros anos do século XIX, quando se espalhou, deve ser colocada na perspectiva ideológica *liberal*. O esforço técnico para sistematizar as leis teve o objetivo *político* de proteger o proprietário, de assegurar-lhe a livre disponibilidade dos seus bens, e de institucionalizar a iniciativa privada. Na perspectiva socialista, os códigos burgueses-iluministas “eram uma superestrutura ideológica para mistificar a realidade das relações de produção”, e representaram uma técnica pedagógico-repressiva. Na óptica técnica, a codificação foi, por sua vez, uma tentativa para abranger todas as relações pertencentes ao direito civil, das quais participasse o homem privado. Essas relações, reduzidas à sua expressão mais simples e abstrata em virtude da unificação dos seus titulares, puderam ser reguladas numa estrutura simples. A evidente mudança da organização sócio-econômica dos tempos presentes determinou o desmoronamento desse edifício de linhas clássicas (Código Civil) e desaconselha a recodificação, como me proponho a demonstrar.

1 NATALINO IRTI, *L'età delle decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 63.

### 3. O Polissistema

Prevalece, desde então, o sistema de edição das *leis especiais* com sua lógica própria e autônoma, formando as mais importantes, como a legislação do trabalho e o estatuto da terra, autênticos e expressivos ramos novos do Direito. Outras leis, sem terem atingido a dignidade da independência, não deixam de constituir importantes setores do ordenamento jurídico, tais como o estatuto da mulher casada, a lei do inquilinato, o direito imobiliário constituído pela lei sobre a propriedade horizontal e a lei do parcelamento do solo urbano.

Essas e tantas outras leis especiais distinguem-se do Código Civil e o enfrentam, constituindo microssistemas que introduzem novos princípios de disciplina das relações jurídicas a que se dirigem.

Sua proliferação ocasionou "a emersão de novas lógicas setoriais". Caracterizam-se, com efeito, pela *especialidade* e pela *diferenciação* ou concretude. Promulgados para a regência peculiar de determinadas classes de relações jurídicas ou para a proteção particular de uma categoria de pessoas, alguns desses diplomas legais apanham institutos dantes integrantes do Código Civil, enquanto outros atendem a novas necessidades, sem regulamentação anterior.

### 4. Sentido e Alcance das Leis Avulsas

Os institutos e as disposições legais que foram destacados do Código Civil, deixando o seu território para se tornarem autônomos, não permaneceram subordinados aos critérios do sistema do qual se separaram, mas, ao contrário, libertaram-se insuflados por outro espírito e porque exigiram um novo método de pensamento jurídico. Afastam-se dos princípios acolhidos no Código, rompem a sua unidade e traduzem uma originalidade, afastamento, ruptura e tradução, que constituem um dado importante para a sua interpretação. Caem, assim, em perigoso equívoco os aplicadores do Direito que interpretam as leis especiais utilizando critérios e diretrizes da exegese do Código Civil.

Outro engano generalizado é a suposição de que o particularismo legislativo do polissistema é constituído por microssiste-

mas florescentes à margem do Código Civil, numa convivência como a que sobreviveu, no plano internacional, à descolonização entre o colonizador e os colonizados. Ao se proliferarem, as leis especiais *esvaziam* o território do Código Civil, mutilam-no, estabelecendo uma verdadeira confrontação e usando, até mesmo, linguagem própria — descodificam, numa palavra. Passam a ser, de fato, novos centros da experiência jurídica.

Em consequência desse ímpeto de libertação dos velhos princípios codificados, a exceção que representavam vai se tornando regra. Acabam por adquirir o significado de princípios novos, tão firmes e estáveis como os outros, dotados, porém, de uma força de sedução que alimenta a sua tendência expansionista e generalizadora. Dão mesmo a impressão de que querem substituí-los, como atestam — para dar um exemplo — os princípios gerais do direito do trabalho.

## 5. O Perigo da Colisão

No relacionamento entre as leis especiais e a lei geral, outro problema surge em decorrência da possibilidade de colisão entre uma e outra. Nessa hipótese, cumpre saber qual das duas deve prevalecer. As leis especiais são, via 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. 2.º, § 2.º, 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 da eficácia da norma geral” subtraem desta a disciplina dos casos que especificam, hipótese na qual se aplica a regra *lex specialis derogat generali*. Devem ser observados, em síntese, os seguintes critérios:

a) havendo incompatibilidade entre duas normas especiais, prevalece a posterior;

b) se uma 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.

## 6. *Inviabilidade do Monossistema*

A multiplicação das leis especiais está causando a agonia do Código Civil. Quebrada a unidade do sistema, deixou este de condensar e exprimir os princípios gerais do ordenamento. Em razão dessa ruptura, duvida-se hoje de que na sociedade contemporânea seja viável um código de direito privado que reúna tendencialmente toda a disciplina e ordenação das relações entre os particulares, ou que simplesmente possa ser elaborado.<sup>2</sup> Já no tempo em que a norma geral prescrevia que o juiz não pode excusar-se de julgar porque a lei seja omissa, admitia-se que a completude do Código Civil era uma idéia irrealizável. O que se tinha como impraticável em códigos que constituíam um sistema fechado, como o Código Napoleão, tornou-se uma impossibilidade na sociedade industrial, complexa e diferenciada. Perdendo importância, apesar de continuar a ser o ponto de referência das reflexões habituais dos juristas, o Código Civil entra em agonia. Até mesmo suas *categorias* tradicionais e sua lógica unitária vêm se desgastando tão rapidamente, que hoje se levantam dúvidas sobre se deve converter-se num corpo de princípios que deixe a outras fontes normativas diversas a função de integrá-los.<sup>3</sup>

## 7. *Código e Constituição*

Essa condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram, hoje definidas, as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado.

Tal foi, segundo NATALINO IRTI, a resposta política e normativa ao desmoronamento do Código Civil: a colocação dos preceitos constitucionais no vértice da hierarquia das fontes e a enunciação de princípios gerais destinados a serem observados na interpretação e na aplicação de todas as normas do sistema, passando a Constituição a ser o centro do universo jurídico. Em

---

2 PRINCIGALLI, Las vicisitudes de la codificación, in *Derecho Privado, un ensayo para la enseñanza*, trad. cast., p. 91.

3 *Idem*, ensaio cit., p. 92.

consequência da constitucionalização dos referidos princípios gerais, as leis especiais passaram a derivar-se de um preceito enunciado na Constituição, penetrando, com maior força e impostação, “no tecido da sociedade”.

### 8. *A Maré Estatizante*

A emigração dos princípios gerais do direito civil para a área do direito público foi considerada por alguns civilistas uma intrusão intolerável. Correspondia a um encurtamento da dimensão individualista em favor de uma socialização dos comportamentos, levada ao extremo nos anos 70, a partir de 1968.

Durante algum tempo, no decênio que se seguiu aos acontecimentos de maio, na França — para tomar um ponto de referência —, empinou-se uma onda de maré estatizante que se espalhou sobre “o espaço reservado para o destino individual”. Na observação aguda de um jurista italiano, tudo era política, nada era privado, ou íntimo. A vida dos particulares estava absorvida e era resolvida pela política e toda esperança e toda confiança se depositavam “no social e no coletivo”. Instaurava-se a crise do direito privado, com as agressões à propriedade privada, malquistas e vituperadas, o cerco à autonomia do empresário, o maior controle social sobre a liberdade dos indivíduos e até mesmo a contestação à figura do negócio jurídico como expressão de autonomia privada.<sup>4</sup>

### 9. *O Reflexo*

A partir de 1978, começou a refluir a vaga do social e do coletivo.

Assinalam-se como seus fatores: a crise das ideologias, a desconfiança em relação aos partidos políticos e ao regime parlamentar, o desengano quanto às novas fórmulas de governo, o terrorismo e a gravidade da situação econômica.<sup>5</sup> Declina, numa palavra, a tendência politizante, segundo a qual tudo é política, e começa a manifestar-se o refluxo, o “retorno ao privado”, “à sua redescoberta”. Em síntese paradoxal, o direito civil repriva-tiza-se na medida em que mudam as relações entre o Estado

4 NATTALINO IRTI, Introduzione alle incognite del Diritto Privato, in *Revista di Diritto Civile*, fasc. janeiro-fevereiro de 1980, p. 2.

5 *Idem*, p. 3.

e a sociedade civil. Como que se restaura o culto àquele direito negativo a que se referiu HEGEL.

Essa nova tendência não visa tão-somente a facilitar a capacidade de expansão do indivíduo no universo econômico, mas, sobretudo, tende a assegurar-lhe o desenvolvimento da personalidade, tanto assim que há grande preocupação em definir e garantir, por disposições de direito privado, os chamados direitos personalíssimos, o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à saúde, e tantos outros. Os povos cultos vão se conscientizando de que está morto o sociologismo exagerado que quis excluir o homem de toda existência que não fosse coletiva e que o *slogan* "tudo é política" contém o embrião de uma tirania espiritual. Voltou-se, nos países adiantados do Ocidente, a compreender, como disse, com elegância, REVEL, que "a realidade primeira e última, o ponto de partida e o ponto de chegada de todas as coisas, nas sociedades humanas, é o indivíduo".<sup>6</sup> E que o indivíduo não pode ser mero brinquedo das estruturas sociais. A idéia de que o homem só existe embalado no pacote coletivo traduz uma falsa imagem do Estado moderno.<sup>7</sup>

É de muito lamentar que os intelectuais ativistas do Brasil estejam tão desinformados e tão atrasados ao pensar na sobrevivência ou no prolongamento daquele período de regressão, que exaltava o social e o coletivo. Nem ao menos eles percebem que no plano sócio-político dos países industrializados e dos que estão a se desenvolver economicamente tais são tendências regressivas que traduzem atitude mental retrógrada, como é a subordinação integral do privado ao público e assim a subordinação da sociedade civil ao sistema político, isto é, a subordinação a burocracias partidárias ou sindicais, bem como a transformação de público em totalitário.<sup>8</sup>

## 10. *O Direito Promocional*

Já TRIMARCHI, estudando o papel do jurista na sociedade industrial, frisa que a prática do direito como engenharia social, necessária em nossos dias, tem que vencer três obstáculos, dois tradicionais e um atual. Os dois obstáculos tradicionais são: a

6 *Le Rejet de l'Etat*, Paris, Grasset, 1984, p. 215.

7 REVEL, *ob. cit.*, p. 217.

8 LOMBARDO, *Público e privado tra sistema politico e società civile*.

atitude mental de que o Direito deve assegurar um mínimo ético e a vinculação da literatura e do ensino jurídico à prática forense; o obstáculo moderno é a hostilidade à ciência econômica.<sup>9</sup> Observa, em seguida, que o legislador não tem que se preocupar, exclusivamente, como tem feito até agora, com os problemas de distribuição da justiça. Não lhe cumpre tão-só reunir, num corpo de princípios e normas, as soluções dos conflitos de interesses. O direito torna-se promocional e essa nova função não se compece com o seu aprisionamento em Códigos, nem se acomoda à lógica do Código Civil geral do monossistema declinante.

Tentar, a esta altura do desenvolvimento do país, simplesmente retocar o velho Código, deixando de fora, como está, num projeto retrógrado, a chamada legislação vinculística, e conservando o mesmo quadro e o mesmo espírito, é desconhecer a realidade atual. Pretender, por outro lado, que essa legislação marginal, abundante e oportunista, derive e se submeta a princípios constitucionais soados, incompatíveis com a economia de mercado e tendencialmente orientados no rumo da hipertrofia do Estado, a mim me parece que é consagrar um anacronismo, que só não percebem os que não têm olhos de ver e não sabem o que vai pelo mundo.

## 11. *Ontem e Hoje*

Ao ser elaborado e discutido longamente o Código Civil, a vida intelectual do país elevava-se a um nível nunca dantes atingido, como assinalou SANTIAGO DANTAS,<sup>10</sup> esclarecendo que toda uma geração, captando os problemas agitados pela cultura europeia do seu tempo, lançava, entre nós, no espaço de um decênio, as bases de um grande movimento de idéias, aberto à realidade dos cinquenta anos seguintes.

Nos dias de hoje, a vida intelectual do país, no que toca à sua cultura jurídica, distingue-se, entretanto, pelo desconhecimento da realidade histórica e pelo apego a valores superados no mundo livre. Não há germinação de idéias, continuando intelectuais, que se consideram progressistas, a revelar uma fascinação serôdia pelo social e pelo coletivo, na suposição ingênua de que estão na vanguarda do pensamento jurídico.

---

<sup>9</sup> In Revista di Diritto Civile, fasc. de janeiro/fevereiro de 1980, p. 2.

<sup>10</sup> Rui Barbosa e o Código Civil, Rio de Janeiro, Casa de Rui, 1949, p. 8.



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; superestimava a sua elaboração ao ponto de querer que viesse a ter longevidade secular e que, reclamada 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.<sup>11</sup>

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 microsistemas, 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.

A passagem do monossistema ao polissistema não é um episódio efêmero. É, sim, uma injunção dos tempos novos, nada obstante o retorno ao privado, à sua redescoberta.

11 SANTIAGO DANTAS, conferência cit., *passim*.