

# O novo Código Civil brasileiro no momento histórico de sua publicação\*

Lucas Abreu Barroso\*\*

O argumento que vislumbra normalidade na longa tramitação legislativa de um projeto de codificação em tempo algum deveria prosperar, especialmente quando se trata de um diploma jurídico destinado a vigorar na dinâmica e complexa sociedade pós-moderna, marcada por inúmeros conflitos de interesses e reveladora das mais variadas angústias pessoais e expectativas no seio social.

Talvez seja essa a imperfeição maior de que padeça o novo código civil brasileiro, publicado em 2002. Após quase três décadas de confinamento no Congresso Nacional – pelo menos metade desse período sem qualquer providência ou debate concreto no sentido de sua aprovação – é certo que trouxe inegáveis conquistas, mas demonstrou o acentuado descompasso entre a sistemática normativa proposta, o estágio atual do conhecimento jurídico e a realidade pulsante no cotidiano das relações privadas.

Não tinha sido diferente, contudo, na oportunidade da edição de seu congêneres em 1916. Apresentado ao Congresso Nacional em 1900, o primeiro código civil do país demonstrava avanços e retrocessos, respectivamente, se comparado com a realidade nacional e com as perspectivas desenvolvimentistas. Isso porque era bastante evoluído em relação aos ideários do Brasil do século XIX, porém despreparado para enfrentar os acontecimentos impactantes que decorreram do romper do século XX.

Tal codificação havia sido pautada nas aspirações políticas e econômicas da classe dominante (agrária e liberal) da época, com vistas a assegurar por meio do individualismo e do patrimonialismo a integral proteção de seu mais autêntico interesse, resumido na propriedade privada. Do ponto de vista metodológico, conseqüentemente, exigia uma visão restrita do intérprete e configurava um sistema jurídico fechado (ou de autorreferência absoluto).

No entanto, o já agora superado código civil de 1916 surgiu sob os auspícios do modelo liberal de Estado de direito em transição para o paradigma social.

---

\* Conferência pronunciada na Real Academia de Jurisprudencia y Legislación em Madri no dia 8 de junho de 2010.

\*\* Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor na UFES, na PUC/MG e na UI

Não tardariam, pois, tentativas de reformá-lo. Primeiramente, na década de 1940, pelas mãos de Hahnemann Guimarães, Philadelpho Azevedo e Orosimbo Nonato. Em seguida, no decorrer dos anos 1960, por incumbência conferida ao genial civilista Orlando Gomes. E, por fim, o projeto de 1975, elaborado por comissão de juristas supervisionada pelo ilustre professor Miguel Reale, que após o seu jubileu de prata se concretizaria como o novel diploma civil pátrio, uma legislação um pouco mais consoante com a evolução cultural do povo brasileiro.

Mas o ostracismo da civilística em curso a partir de 1917, depois de cumprida a *vacatio legis* de um ano, se verificaria de maneira decisiva com o movimento de fragmentação da sistemática civil iniciado ainda na metade do século XX com o despertar dos *estatutos jurídicos*, de que é exemplo o Estatuto da Terra (1964), a que se seguiram diversos outros microssistemas abordando as mais variadas temáticas de natureza cível, todas repletas de um vigoroso conteúdo social, agora não mais relegado no âmbito da codificação civil.

Pelo labor da doutrina e da legislação esparsa, assim também, essencialmente, da jurisprudência, se pôde verificar uma atualização, mesmo que pontual e inconstante, dos institutos civis codificados. O reconhecimento legal do divórcio, por exemplo, somente teria lugar no ordenamento positivo no limiar dos anos 1980. Portanto, o discurso dos civilistas estava marcado por uma orientação retrógrada e ideologicamente comprometida, bem como o conservadorismo se encontrava alastrado em cada um de seus dispositivos.

Destarte, o longevo código civil de 1916, influenciado pela ideologia burguesa do código civil francês e pela estrutura sistêmica do código civil alemão, além de bastante afastado da ideia primitiva de seu elaborador, Clóvis Beviláqua, desde a sua redação final, ditaria as bases da convivência entre os particulares em uma sociedade em apressada mutação. Foi uma codificação que durante toda a sua vigência retratou a parcela socialmente mais afortunada, aquela que realmente buscava proteger, a fim de preservar o direito dos incluídos.

\* \* \*

A promulgação da atual Constituição brasileira, no final de 1988, superando o regime militar de mais de vinte anos e renovando o substrato ético-valorativo dos princípios da vida política no Brasil, deixaria ainda mais evidente o perfil histórico, típico da década de 1970, explicitado pelo código civil publicado em 2002. Logo, não seria demais afirmar: o novo código civil já nasceu velho!

Pode-se também sem receio asseverar que tal conjunto normativo seria mesmo revolucionário para as relações privadas em um cenário jurídico de quase um século de tradição e formalismo, não fosse o fato de que o texto constitucional estava debutando quando de sua entrada em vigor. Tudo isso implica compreender que a matéria cível havia sido amplamente disciplinada pelo legislador constituinte nos meandros dessa Constituição que instaurou o Estado democrático de direito na comunidade política nacional.

A constituição tinha assumido a centralidade da disciplina jurídica dos particulares, posição da qual não mais se afastaria nesses tempos de teoria constitucional do direito. O código brasileiro de 2002 constituiu-se na primeira prática recodificatória civil do século XXI, o que se deve ver com larga reserva, haja vista que o único sentido de uma codificação na época corrente seria o de funcionar como repositório de princípios e regras gerais pertinentes a determinado campo do saber jurídico.

Outrossim, a aprovação da Lei 10.406/2002, que instituiu o código civil, carrega a pecha de ter sido motivada por fatos, para dizer o menos, insólitos. As causas que ensejaram a inclusão do projeto novamente em pauta de votação estão relacionados (a) ao intuito de desviar as atenções de escândalos políticos envolvendo o Senado Federal e (b) a uma tentativa de justificar a atuação de congressistas que vinham sendo acusados de conduta desidiosa na Câmara dos Deputados. Desse modo, serviu de “cortina de fumaça” aos olhos da opinião pública.

Quando da iminência de sua aprovação, a nova lei civil passou por uma considerável revisão. O texto original sugerido ao Congresso Nacional, bastante modificado por ocasião de sua propositura e durante o início da tramitação do projeto, havia recebido neste momento centenas de emendas parlamentares, deixando ainda mais evidente a intransponível diferença entre os períodos das duas codificações. Todavia, restava muito aquém do desejado por uma sociedade ciosa pela chegada de novos tempos, com o consequente reconhecimento de uma pluralidade de não-direitos civis.

Não obstante a percepção filosófica que serviu de lastro para as escolhas jurídico-metodológicas e dogmáticas constantes do código civil de 2002, sobretudo a superação do positivismo e o acolhimento do *culturalismo* como pensamento dirigente, a comissão encarregada pela revitalização do código civil brasileiro buscou aproveitar tanto quanto possível a experiência vivenciada pela codificação anterior, sem que isso importe necessariamente declarar que não tenha havido vultosas alterações formais e materiais de natureza sistêmica.

Como dito alhures, Miguel Reale não realizou uma empreitada solitária na preparação do novo código civil. Ele conduziu os trabalhos da comissão

responsável por sua elaboração e revisão, mesmo porque não era um civilista por vocação, mas estava ladeado por estudiosos de escol em matéria de direito civil, cada qual responsável por uma parte da codificação: José Carlos Moreira Alves (parte geral), Agostinho de Arruda Alvim (direito das obrigações), Sylvio Marcondes (direito de empresa), Ebert Vianna Chamoun (direito das coisas), Clóvis do Couto e Silva (direito de família) e Torquato Castro (direito das sucessões).

A Miguel Reale coube precipuamente estabelecer essa estruturação e anunciar, por meio de *exposição de motivos*, as diretrizes fundamentais para a nova codificação:

(a) Compreensão do código civil como *lei básica, mas não global*, do direito privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o direito das obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o anteprojeto do código de obrigações de 1941, e reiterada no projeto de 1965;

(b) Considerar elemento integrante do próprio código civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do direito das obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam;

(c) Manter, não obstante as alterações essenciais supraindicadas, a estrutura do código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da parte geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da ciência jurídica;

(d) Redistribuir a matéria do código civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil;

(e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual lei civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência;

(f) Atualizar, todavia, o código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada;

(g) Aproveitar, na revisão do código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os anteprojetos de código das obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta comissão constituída pelos ilustres juristas Orosimbo Nonato, Presidente, Caio Mário da Silva Pereira, Relator-Geral, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Theophilo de Azeredo Santos e Nehemias Gueiros; e o anteprojeto de código civil, de 1963, de autoria do professor Orlando Gomes;

(h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitaram, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no país, sobre o assunto;

(i) Não dar guarida no código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mudanças sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica;

(j) Eliminar do código civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado;

(l) Incluir na sistemática do código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.

(m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica;

(n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado;

(o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses objeto da disciplina normativa, a fim de que o anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias;

(p) Dar ao anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabi-*

lidade, em função das forças sociais operantes no país, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

Vale ressaltar que a referida comissão iniciou seus trabalhos nos últimos anos da década de 1960, tendo concluído o projeto nos idos de 1972. Depois de extensas e calorosas discussões o projeto exibiu a versão definitiva levada ao Congresso Nacional. O resultado dos trabalhos foi um projeto bastante criticado à época, entre outros argumentos, por sua falta de atualidade e ousadia.

As motivações que inspiraram os códigos civis de ontem e de hoje, apesar de diferirem no discurso e na intencionalidade, continuam atreladas aos interesses das classes dominantes. O fator subjacente a tal momento histórico é a hegemonia do pensamento liberal na ordem político-econômica, sendo necessário acomodar os reflexos por ele provocados nas relações jurídico-sociais.

Embora não se duvide das melhorias trazidas pelos quase dez anos de sua aplicação, entende-se que a lei civil ainda não conseguiu se livrar do estigma da proteção da propriedade privada e da exclusão social. Seria, assim, mais relevante pelo debate jurídico que reacendeu do que pelas alterações de fundo que propiciou no contexto normativo civil. Até porque, deixou de abordar temas de extrema atualidade para o cotidiano da sociedade brasileira contemporânea.

\* \* \*

O código civil de 2002 utilizou técnica legislativa um pouco mais atualizada que a da legislação similar anterior. Para tanto, o legislador ordinário serviu-se do recurso aos princípios, às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados. Mas em grande medida não conseguiu se desapegar da casuística atinente às codificações clássicas, da ideia de plenitude do ordenamento civil e da primazia das regras sobre a noção geral de princípios.

Não obstante, para diversos civilistas nacionais o novo código civil não teria seguido a tendência *regulativa* encontrada desde as codificações oitocentistas até as de meados do século XX, implementando, sim, uma função *ordenatória*, de promoção da paz e do desenvolvimento social. Com a devida vênia, tal alegação está completamente desconectada das conclusões que se pode obter quando cotejado o código civil de 2002 com as modernas vocações codificadoras.

A sistemática civil pensada para a codificação de 2002 reflete a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, cuja influência mais destacada se concretiza no resultado final alcançado pela atuação dos três princípios informadores (extrínsecos e superiores) escolhidos para orientar o inteiro teor do texto codificado. São informadores do novo código civil brasileiro os princípios da *eticidade*, da *socialidade* e da *operabilidade*.

A eticidade visando afastar definitivamente o formalismo jurídico em proveito dos valores que devem inspirar o ordenamento positivo e toda a interpretação jurídica dele decorrente. O rigorismo conceitual é substituído pela diversidade de realidades que deve o direito enfrentar e ao juiz é conferido um espaço maior de liberdade para a criação do direito. A amplitude conferida à boa-fé objetiva pela nova codificação demonstra bem a conduta ética desejada pelo espírito do corpo legislativo civil.

A socialidade invertendo o viés individualista e patrimonialista sustentado pelo código civil de 1916, que agora deve responder pela prevalência dos interesses coletivos ou sociais em detrimento dos interesses meramente individuais e egoísticos. Em várias passagens o texto codificado deixa entrever a presença marcante dessa postura coletiva em completo abandono à inconsciência da vontade individual. A previsão expressa da função social do contrato, no art. 421, deixa inequívoco o prestígio de tal princípio na nova codificação.

A operabilidade demonstrando que as normas civis estão destinadas a alcançar um alto nível de simplificação, para tanto devendo ser eliminados quaisquer tecnicismos que possam dificultar sua interpretação e aplicação. Ademais, significa a busca por concretude, resultando o direito civil como uma prática social efetiva. Esta orientação principiológica conduz a uma facilitada utilização dos institutos civis, ao mesmo tempo em que reclama pela realização do direito civil como processo de construção da decisão mais ajustada no caso concreto.

Muitas foram as mudanças provocadas pela nova codificação na dogmática civil brasileira. Uma breve observação no interior das disposições vigentes nos revela que, em maior ou menor dimensão, os livros do código civil receberam inovações que parece útil listar nesta oportunidade:

### *Parte geral*

- (a) Redução da maioridade de 21 para 18 anos;
- (b) Inclusão de um capítulo destinado aos direitos da personalidade;

- (c) Previsão da desconsideração da personalidade jurídica;
- (d) Substituição do ato pelo negócio jurídico enquanto categoria geral dos atos volitivos lícitos;
- (e) Admissão da reparação por dano moral;
- (f) Previsão do abuso de direito no conjunto dos ilícitos civis;
- (g) Redefinição da sistemática da prescrição e decadência.

### *Parte especial*

#### *Direito das obrigações*

- (a) Positivização da função social do contrato e da boa-fé objetiva como cláusulas contratuais gerais;
- (b) Tratamento diferenciado aos contratos civis por adesão;
- (c) Redução equitativa da cláusula penal;
- (d) Revisão contratual por onerosidade excessiva;
- (e) Pré-fixação de juros moratórios em determinadas hipóteses;
- (f) Objetivação da responsabilidade civil para atividades de risco ou com previsão legal;
- (g) Responsabilização civil do incapaz;
- (h) Diminuição da indenização desproporcional ao fato danoso.

#### *Direito de empresa*

- (a) Recepção da teoria da empresa em detrimento do superado ato de comércio;
- (b) Revisão dos tipos societários;
- (c) Determinação dos princípios aplicáveis à matéria societária;
- (d) Regulação minuciosa da sociedade limitada;
- (e) Estipulação de normas esclarecedoras sobre as sociedades anônimas e cooperativas.

#### *Direito das coisas*

- (a) Ratificação da opção pela teoria objetiva de Ihering;
- (b) Inclusão de novas formas de direito real;



- (c) Positivação, na ordem civil, da função social da propriedade;
- (d) Criação da figura da desapropriação judicial;
- (e) Diminuição dos prazos de usucapião.

#### *Direito de família*

- (a) Divisão do direito de família em existencial e patrimonial;
- (b) Acolhimento da união estável e de sua conversão em casamento;
- (c) Substituição do pátrio poder pelo poder familiar;
- (d) Possibilidade de modificação do regime de bens;
- (e) Permissão para a transmissão do dever de alimentos aos herdeiros.

#### *Direito das sucessões*

- (a) Inclusão de um companheiro entre os herdeiros necessários do outro;
- (b) Confirmação do princípio da indivisibilidade da herança;
- (c) Garantia dos direitos hereditários do nascituro;
- (d) Tutela do cônjuge como herdeiro necessário;
- (e) Criação de um capítulo específico sobre a petição de herança.

Todavia, essas novidades não se demonstraram suficientes quando lembrado que o código civil é a lei mais próxima do cidadão, o que por si gerou a expectativa de uma total renovação do direito civil brasileiro. E ela não apenas não se realizou como não possibilitou a participação dos seus destinatários na fase final de sua elaboração. Infelizmente o código civil de 2002 não está habilitado a dar acesso aos direitos fundamentais individuais e coletivos por meio da autonomia privada.

A sociedade brasileira no atual momento histórico já incorporou os avanços políticos, econômicos, sociais e tecnológicos relacionados com as mais avançadas nações do mundo. Em semelhante direção procura seguir a evolução do direito civil pátrio. Os estudos e a atuação dos juristas no Brasil têm demonstrado a superação da postura tradicional que os caracterizava e colocado a discussão jurídica no patamar da construção de um pensamento inovador perfilado às teorias jurídicas pós-positivistas.

Concluindo, de 2002 até os presentes dias tem estado latente no Brasil um intenso movimento doutrinário, a provocar, por conseguinte, uma substancial

renovação jurisprudencial e, em certo sentido, também legislativa, buscando aproximar ainda mais a codificação em vigor dos reclamos advindos dos diversos setores da vida privada. A novel codificação brasileira reacendeu o debate sobre os direitos civis, o que em termos democráticos significa reclamar por renovados espaços de participação popular nas conquistas da cidadania.

### Obras consultadas

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 20, p. 29-87, 1º sem. 2001.

BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Privado, São Paulo, nº 14, p. 49-54, abr./jun. 2003.

BRASIL. *Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília, Senado Federal, 2003.

CALDERALE, Alfredo. *Diritto privato e codificazione in Brasile*. Milano, Giuffrè, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo, Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2005. v. 1. p. IX-CXLVI.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *História do novo código civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

REIS, Clayton. *Inovações ao novo código civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo, Método, 2010. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000. p. 1-16.