

O Código Civil de 2002 - Utopias e Ufanismos -

Paulo Luciano de Souza Teixeira¹

O presente artigo foi desenvolvido no âmbito do Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e pretende abordar alguns aspectos do painel temático proposto, ou seja, o 'Curso 10 Anos do Código Civil'. Insta relevar a atualidade e relevância do assunto, sendo fato que, em que pese os infortúnios, a data deve ser comemorada, por representar indiscutível avanço da nossa legislação, atendendo aos objetivos de um Código, como sempre foi enunciado pelo professor Miguel Reale, ao explicar que este deve retratar os fatos, valores e normas sedimentados pela sociedade.

A primeira questão que se coloca é a de se saber se o novo Código Civil é uma espécie de monumento à modernidade, no qual se encontrarão as respostas para as angustiantes perguntas que formulamos sobre temas provocados pelos avanços tecnológicos, como por exemplo, qual será o regime jurídico do clone do homem, a disciplina jurídica da fertilização *in vitro*, da inseminação artificial, ou então como se garantirá a autenticidade aos contratos celebrados através da internet, em suma, questões atualíssimas provocadas pelos milagres tecnológicos.

E a sociedade brasileira poderá se sentir frustrada ao verificar que nenhuma dessas respostas se encontra nesse código. Como sabemos, ele é resultado de um projeto encaminhado ao congresso, no distante ano de 1975, quando todas essas matérias soavam como filmes de ficção científica, e que, mesmo nos dias atuais, não gozam de uniformidade de tratamento no campo da ciência, nem no campo da ética, quanto mais no campo do direito.

¹ Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível de Campos dos Goytacazes.

Com efeito, o Código Civil deve representar um mínimo de unidade filosófica e jurídica e, portanto, deve ser a sede de matérias já consolidadas, sobre as quais já se formaram consensos. Então, todas essas questões novas, resultantes desses avanços tecnológicos, devem se sedimentar primeiro, disciplinadas em leis extravagantes, específicas, para, só depois, serem transplantadas para o Código Civil.

É fato que tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil precisavam ser atualizados, diante das transformações sociais e tecnológicas. Ocorre que os civilistas e os processualistas adotaram técnicas diferentes; os civilistas optaram por uma atualização global, sob o título de um novo Código Civil, e encaminharam ao Congresso esse projeto de 2.046 artigos, o que culminou numa hibernação legislativa de longos 26 anos, enquanto que os processualistas optaram por reformas pontuais, setoriais, conseguindo, de maneira quase imperceptível, atualizar o Código de Processo.

Resta perquirir quais foram os objetivos principais do atual código. O primeiro deles foi certa socialização do direito privado, até então impregnado pelas ideias individualistas que caracterizaram o século 19, que fazia do princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos verdades absolutas. O código atual avança extraordinariamente nesse sentido. À guisa de exemplo, a posse e a propriedade saem do código com uma visão muito mais social, com institutos como a posse-trabalho e a posse-social. A propriedade, mais do que nunca, está vinculada à sua função social. No campo dos contratos, o avanço é notável, quando se afirma, no artigo 421, que a autonomia, a liberdade de contratar, será exercida nos limites da função social dos contratos, cabendo ressaltar que no artigo 2035, parágrafo único, fica estabelecido que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar as funções sociais da propriedade e dos contratos.

Também há outro objetivo no código, que foi o de consolidar tendências pretorianas, ou seja, como o atual código, obviamente, se defasou, e muito, em decorrência dos avanços sociais, é claro que a jurisprudência teve o papel importante de adaptá-lo às realidades dos nossos dias. Então, foi-se constituindo uma jurisprudência inovadora, e muitas dessas tendências pretorianas estão agora recepcionadas no novo código, transformando-

se em direito positivo: a teoria da onerosidade excessiva, a teoria da lesão, são direitos que já vinham sendo admitidos pela jurisprudência, agora passam a ser direito positivo. A desconsideração da personalidade jurídica, que a jurisprudência corajosamente admitia, antes mesmo do código de defesa do consumidor, está consagrada em nosso código.

O código teve como objetivo fundamental excluir normas de natureza processual. Mas há um paradoxo, pois o código revogado estava repleto de regras de natureza processual, como na defesa da posse, quando disciplinava o cabimento da liminar, ou quando referia a cumulação dos pedidos na ação possessória, quanto ao aspecto dúplice das ações, e também nas situações de prescrição e na decadência havia uma série de regras de natureza processual. Assim, insta indagar, qual a explicação para esse mistério? Em 1916 não havia um Código de Processo Civil federal, nacional, ou seja, os estados gozavam de autonomia para legislar em matéria de processo. Então, o legislador, percebeu que algumas matérias eram extremamente importantes e que estavam intimamente ligadas ao processo, havendo grande diversificação, podendo causar uma certa perplexidade e insegurança jurídica, por isso inseriu no Código Civil algumas regras de processo, que lhe pareceram importantes, para unificá-las, aplicando-se a todos os estados, sendo essa a explicação, perfeitamente compreensível, do Código Civil ter regras processuais visando a uniformização desses procedimentos. Todavia, quando, em 1939, a União a avocou para si o monopólio da legislação processual, não havia realmente razão para se inserir no Código Civil regras de direito adjetivo e esse código retira, o tanto quanto possível, todas as regras de direito processual. Na questão da defesa da posse, não há mais nenhuma palavra sobre liminar, sobre caráter dúplice, sobre cumulação de pedidos, tudo isso desaparece, de maneira que houve um cuidado cirúrgico da comissão, que extraiu do código tudo que pudesse se referir a direito processual. Então, há agora uma nítida separação entre o direito material, substantivo e direito processual, adjetivo.

Assim, incluiu-se no Código Civil, como dito, matérias já consolidadas, ou seja, que tiveram uma disciplina jurídica já recepcionada pela sociedade e que não suscitassem grandes controvérsias, ou seja, matérias que

já estão consolidadas, seja pela doutrina, pela construção pretoriana. Por outro lado, aquelas matérias que já estavam recepcionadas em leis especiais não foram para o código, que não alterou, por exemplo, o regime jurídico da locação do imóvel urbano. Aliás, nas disposições gerais e transitórias, o artigo 2.036 é expresso nesse ponto. Não se mexe na Lei das S.A, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor. São leis, como a própria comissão reconheceu, que já foram recepcionadas pela sociedade brasileira, que já está tão acostumada a encontrar respostas nessas leis, que seria uma temeridade revogá-las, para trazê-las para o Código Civil, que preservou essa legislação especial consolidada na opinião pública. Com relação à lei de condomínio é que houve tratamento diverso, pois o novo Código Civil trouxe para o seu corpo o regime jurídico do condomínio edilício, já constituído, com partes comuns e partes exclusivas, mas não mexeu nas incorporações, ficando a Lei 4.591 partida ao meio, porque o capítulo que trata do condomínio já instalado desaparece, em parte, porque o novo código o disciplina; já a parte das incorporações permanece, porque o novo Código Civil não incluiu o contrato de incorporação imobiliária nos contratos em espécie. Com relação a sociedades, o novo código trata de todas as demais sociedades, menos a S.A.

Deve ser elencado como objetivo do código, a manutenção, em primeiro lugar, da elegância da linguagem e, em segundo lugar, do estilo conciso que, sem dúvida, são dois de seus grandes méritos. Há também outro objetivo: a eliminação de solenidades inúteis. Por exemplo, o código abole a famosa notificação judicial; qualquer ato de comunicação pode ser feito por qualquer meio, desde que inequívoco. Os testamentos, enfim, uma série de outros atos em que se exigiam solenidades essenciais, nos quais foi reiterada a necessidade de se privilegiar o conteúdo e o fundamento, e não a forma. Então, o direito mais moderno vai abandonando os velhos formalismos, característicos do direito ultrapassado.

Na verdade, a própria comissão resumiu o novo código em três palavras que se tornaram famosas: socialidade, efetividade e eticidade. Por socialidade, entende-se a preocupação em dar uma atenção social ao novo direito privado brasileiro, principalmente no campo da propriedade, das

obrigações e dos contratos. Efetividade tem o sentido de que se eliminam solenidades inúteis e se procura criar mecanismos que tornem realmente úteis a prestação jurisdicional. E, finalmente, a eticidade, ou seja, uma preocupação de oxigenar essas relações jurídicas com a moral. Por exemplo, o artigo 422 afirma textualmente que, em todos os contratos, todos contratantes terão que guardar a mais estrita boa-fé e probidade. Então reparem que o atual Código Civil não se refere nenhuma vez à boa-fé na parte geral dos contratos, a não ser no artigo 1.443, que é específico do contrato de seguro. Entende-se a boa-fé como preceito moral, e não jurídico. Mas a boa-fé é uma cláusula implícita dos contratos, uma cláusula obrigatória, é um dever jurídico dos contratantes, e não mais uma mera vocação ética. Então, socialidade, efetividade e eticidade seriam os fundamentos desse novo código.

Passemos agora a uma visão morfológica do código. Não há a menor referência à lei de introdução. Ora, falar-se em lei de introdução ao Código Civil, nos leva a supor que aquela lei introduzia os princípios fundamentais do direito civil, quando, na verdade, é uma lei de introdução ao sistema jurídico, ou seja, a lei das leis, disciplinando a aplicação territorial e temporal da norma jurídica, sendo essa a função da lei de introdução, quer dizer, interessando a todos os ramos do direito e não apenas o direito civil. Então, não se justifica mesmo que ela ficasse acoplada umbilicalmente ao Código Civil, como se fosse exclusiva do Código Civil, continuando a existir, pois não foi revogada nem tácita nem expressamente, só que, agora, continua como uma lei autônoma, o que deveria sempre ter sido.

Quanto a seu corpo, o código modificou-se; inicia com a Parte Geral, constituída por três livros clássicos; Livro I: Das Pessoas; Livro II: Dos Bens; Livro III: Dos Fatos Jurídicos. Mas a Parte Especial está completamente rejuvenescida, quer dizer, o Livro I da Parte Especial passa a ser das obrigações e dos contratos, o Livro II é absolutamente novo - Do Direito de Empresa. Aliás, no anteprojeto original da comissão, o título era “da atividade negocial”. O Livro III passa a ser Direito das Coisas, o Livro IV, Direito de Família e o Livro V Sucessões.

Quanto ao direito da empresa, cumpre observar que todo o Livro

I do Código Comercial foi revogado, porque passou todo para o Livro II da Parte Especial. Eis aí mais uma grande novidade, ou seja, um passo avançado para a uniformização do direito privado, englobando o direito civil e o direito comercial. Por certo não foi um passo gigantesco, porque se mantém, por exemplo, a S.A. em lei especial e muitos outros capítulos do Código Comercial. Mas é significativa essa nova estratégia.

Houve algumas mudanças topográficas, que eram necessárias. À guisa de exemplo, o bem de família, que estava no Livro Dos Bens, na Parte Geral, passou, no atual código, para o direito de família. A cláusula penal e a mora apareciam no capítulo Das Modalidades das Obrigações, ou seja, obrigação de dar, obrigação de fazer, obrigação de não fazer, obrigação alternativa, obrigação divisível, obrigação indivisível, obrigação solidária, da cláusula penal. Em outras palavras, a cláusula penal estava no capítulo que encerrava as modalidades das obrigações, como se fosse uma classificação das obrigações; após, seguia-se 'o pagamento das obrigações'. Não havia nenhuma lógica, posto que se tratava de uma cláusula acessória da obrigação, portanto um modo da obrigação; é um instituto ligado à ideia de inadimplemento da obrigação, reforçando o vínculo para a eventualidade de inadimplemento da obrigação, sendo lógico que estivesse no capítulo do inadimplemento das obrigações, e é isso que se faz agora; desloca-se a cláusula penal do capítulo das modalidades das obrigações para o capítulo do inadimplemento das obrigações. E com algumas mudanças interessantíssimas. Há um dispositivo expresso dizendo que, se houver cláusula penal no contrato, não é possível reclamar perdas e danos, ainda que sejam superiores ao valor da cláusula penal, salvo se expressamente se ressaltar isso. Isso é uma discussão terrível hoje, porque, como a cláusula penal é uma prefixação das perdas e danos, discute-se na doutrina se é possível abandonar a cláusula penal para reclamar as perdas e danos. Então, a regra geral é a seguinte: a cláusula penal é prefixação das perdas e danos. Logo, havendo cláusula penal, não há como reclamar perdas e danos, sendo que essa não é mais uma regra absoluta, passa a ser dispositiva. Deve-se incluir no contrato que, mesmo havendo cláusula penal, se for provado que o prejuízo foi maior que a cláusula, poderá ser reclamado, tendo a parte que provar os prejuízos excedentes.

Devem ser realçadas outras mudanças topográficas. Por exemplo, a transação foi inserida, no código revogado, naqueles institutos da extinção da obrigação, com ou sem pagamento. Pagamento por consignação, por sub-rogação, por compensação, por dação, por novação, imputação, remissão, confusão, transação e compromisso. São dez institutos que o código disciplina para a extinção da obrigação, uns com pagamento outros sem pagamento - o caso da remissão e o da confusão. E a transação era um desses institutos. Deixou de ser. Transação, para surpresa de muitos, passa a ser contrato em espécie, como qualquer outro contrato – compra e venda, locação... e está disciplinado no Livro Dos Contratos em Espécie, passa a ser contrato típico, não apenas um modo de extinguir a obrigação. São mudanças topográficas da lei. A gestão de negócios, anteriormente considerada contrato, negócio jurídico bilateral, disciplinado no Livro dos Contratos, perdeu a natureza bilateral de negócio jurídico e passa a ser negócio unilateral, o que tem mais lógica, porque, numa gestão de negócios, não está presente a vontade do dono do negócio, ela é apenas presumida, mas não está presente.

Efetivamente, temos um código modernizado na sua estrutura física, digamos assim. Em seus livros, aumentou um pouco, mas não muito. O código revogado tinha 1.807 artigos e o atual, 2.046. Alguns institutos desapareceram, surgiram outros. Ora, a chegada de um Código novo gera, obviamente, idiosincrasias e ufanismos. O Código Civil será o Código que formos capazes de criar interpretativamente. Cabe, portanto a nós, profissionais do Direito, que teremos de reescrever o Direito Civil, criar um direito vivo e, assim, um Código Civil vivo, tudo na perspectiva de um direito civil despatrimonializado, que se preocupe com o ser humano, fundamento basilar do nosso ordenamento jurídico. ♦

BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

FACHIN, Edson Luiz. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 e **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. 2º v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MORAES, Maria Celina Bodim de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional os danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo W. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e **A parte geral do Código Civil de 2002: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.