

# O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

---

*Francisco Amaral*

## **1. O projeto de Código Civil brasileiro e a necessidade de uma reflexão sobre a conveniência de um novo Código, em face das tendências e características do Direito Civil contemporâneo.**

Encontra-se atualmente na Câmara dos Deputados, devolvido pelo Senado Federal, que o examinou e aprovou com emendas, o Projeto de Lei que reforma o Código Civil brasileiro.

Trata-se de projeto elaborado há mais de vinte e cinco anos, por uma comissão de eminentes juristas, Miguel Reale, como supervisor, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoum, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, que elaboraram, respectivamente, a Parte Geral, o Direito das Obrigações, a Atividade Negocial, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões. Esse projeto já mereceu de notáveis juristas, como Orlando Gomes<sup>1</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>2</sup> e José Paulo Cavalcanti<sup>3</sup> veementes observações críticas, tanto no que diz respeito à conveniência de

---

<sup>1</sup> Gomes, Orlando. *O problema da codificação*, in *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, nº 1, Rio de Janeiro, 1985, pp. 7 e segs.

<sup>2</sup> Silva Pereira, Caio Mário. *Críticas ao Anteprojeto de Código Civil*, in *Reformulação da Ordem Jurídica e outros temas*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 138 e segs.

<sup>3</sup> Cavalcanti, José Paulo. *Sobre o Projeto de Código Civil*, Rio de Janeiro, Instituto dos Advogados Brasileiros, 1978.

um novo código na época atual, quanto à própria estrutura do projeto apresentado.

Esse projeto adota as seguintes diretivas: a) preserva, no possível, a estrutura e a redação do Código Civil em vigor, atualizando-o com novos institutos e redistribuindo a matéria de acordo com a moderna sistemática civil; b) mantém o Código Civil como lei básica, embora não-global, do direito privado, unificando o direito das obrigações na linha de Teixeira de Freitas e Inglez de Souza, reconhecida a autonomia doutrinária do direito civil e do direito comercial; c) aproveita as contribuições dos trabalhos e projetos anteriores, assim como os respectivos estudos e críticas; d) inclui no sistema do Código, com a necessária revisão, a matéria das leis especiais posteriores a 1916, assim como as contribuições da jurisprudência; e e) exclui matéria de ordem processual, a não ser quando profundamente ligada à de natureza material. Exame percuciente, que agora descabe fazer, mostraria, porém, que tais diretivas não foram totalmente respeitadas, mesmo porque o montante de leis especiais não permite a sua integração no corpo de um Código Civil.

A apreciação crítica desse projeto deve levantar, preliminarmente, duas questões básicas: 1) justifica-se, hoje, à luz do processo histórico-evolutivo do direito brasileiro, mais propriamente, da nossa experiência jurídica ocidental, um novo Código Civil, para uma sociedade complexa e dinâmica como é a sociedade contemporânea, pós-industrial e tecnologicamente desenvolvida; 2) se justificada e aceita a idéia de um novo Código Civil, deve ele ter uma Parte Geral?

Acentua-se, inicialmente, que o Código Civil é uma síntese científica e cultural que representa, em um determinado momento histórico, a experiência jurídica de um povo, no campo das suas relações privadas. Como tal, deve corresponder às necessidades e características da sociedade do seu tempo, não podendo ser visto, apenas, como um ato de política legislativa, desvinculado do contexto que necessariamente justifica e legitima.

Ocorre que a sociedade contemporânea apresenta sensíveis diferenças da que fez nascer o Código Civil. Vivemos hoje em uma sociedade pós-industrial, marcada pela crescente complexidade das relações sociais e pela rapidez da informação, pela crise do estado-nação, o pluralismo jurídico, a intervenção estatal, as políticas sociais e fatores outros que abriram perspectivas de mudança profunda no ambiente jurídico.

## 2. O processo histórico da codificação.

Na história do direito civil, particularmente no que diz respeito à tradição jurídica ocidental, a codificação representa a “*summa divisio temporis*”, como processo decorrente do *iluminismo*, com a sua crença no primado da razão, e do *jusracionalismo*, com a idéia de sistema, a que se ligou o predomínio do aspecto técnico do direito, em detrimento da sua natureza valorativa<sup>4</sup>.

A codificação desenvolveu-se nos países europeus nos séculos XVIII e XIX, como um processo de sistematização de determinados campos da matéria jurídica. Tendo origem remota no pensamento iluminista, que defendia a existência de princípios superiores de uma razão universal, apta a dirigir e a organizar as sociedades de seu tempo, diversas causas, de natureza filosófica, política e técnica, justificaram tal processo<sup>5</sup>. De natureza filosófica o *iluminismo*, que via na razão do homem o instrumento de sua emancipação, e o *jusracionalismo* que via na razão o instrumento da construção jurídica. Consequência do jusracionalismo é a concepção do direito como sistema, do que nasceram os códigos e as constituições da época moderna (séc. XIX).

Causa política foi o absolutismo, que se serviria dos códigos para acabar com a legislação vigente, desconexa, particular e local

---

<sup>4</sup> Cf. do autor, “A Descodificação do Direito Civil Brasileiro”, in Revista do Tribunal Regional Federal, 1ª região, vol. 8, nº 4, p. 1996, p. 635 e segs.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

própria do antigo regime. Era “a lei como exigência da razão”, a legitimizar o poder político. Aliava-se a essas causas a *tecnicização* do direito, que levava o jurista a ser apenas um técnico, a serviço do poder. As idéias e os valores que formavam o caldo cultural em que fermentou e se desenvolveu o idéia de códigos, como leis gerais a dirigirem uma inteira sociedade, foram, portanto, o iluminismo, o jusracionalismo e, por via de consequência, o individualismo, crença da pessoa humana como causa final do direito e da atividade jurídica do Estado. A elas vinculadas, ou dela decorrentes, a concepção do direito como sistema e, como tal, o Código Civil, um conjunto unitário e ordenado de princípios gerais concretizados em normas<sup>6</sup>, ocupando o centro da disciplina normativa social.

A codificação justificar-se-ia também por sua praticidade, já que o direito, sob a forma de códigos teria, como vantagens imediatas, a garantia de segurança jurídica, na medida em que se facilitava o conhecimento dos direitos, a sistematização do saber jurídico e a legitimidade das decisões judiciais pelo conhecimento da relação entre a lei e a sentença. O código constituía-se, desse modo, na condição básica de toda atuação judicial<sup>7</sup>, e quem fosse partidário da idéia, ingênua, de que o juiz deriva a sentença da lei, atribuía aos códigos a função de fonte exclusiva de todas as decisões jurídicas<sup>8</sup>. Idéias dominantes nesse período eram a *segurança*, como valor fundamental, significando ordem e certeza na realização do direito, e o *centralismo do código civil* em relação às demais fontes do direito.

Ocorre que as transformações do direito civil, principalmente nas últimas décadas, acompanhando o processo de mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais que vêm caracterizando este século, com a evolução do Estado de Direito para o Estado Social intervencionista, e deste para o Estado pós-social, que vive a crise da

---

<sup>6</sup> Canaris, Clauss-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 281.

<sup>7</sup> Hassemer, Winfried, in *Pensamiento jurídico contemporaneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, p. 201.

<sup>8</sup> Idem, p. 202.

racionalidade, integrado em uma sociedade extremamente complexa, levaram a modificações no campo das fontes do direito, com a *constitucionalização* dos princípios fundamentais do direito privado, contrariamente ao que sucedia no direito moderno (séc. XIX), quando o Código Civil era a sede dos princípios referentes à pessoa, à família, à propriedade e ao contrato, e com a desagregação do direito civil em ramos jurídicos autônomos, alguns com princípios específicos de interpretação, configurando microsistemas jurídicos, leis autônomas em relação ao Código Civil<sup>9</sup>. O conceito de sistema começou a entrar em crise e o corpo do direito civil, de unitário que era, passou gradativamente a uma pluralidade fragmentária. Os seus tradicionais institutos jurídicos perderam a nitidez que lhes permitia irradiar certeza e segurança jurídica, dando origem à chamada crise do direito e levando à reavaliação do processo histórico da codificação. O surgimento de novos direitos e de novos modelos setoriais, a chamada legislação especial, disciplinando empresa e os novos tipos de sociedade, a concorrência, a circulação de capitais, a tutela do consumidor e do ambiente, os direitos da personalidade, a locação mobiliária e imobiliária, as novas figuras contratuais, a atividade bancária e financeira, as relações de trabalho e da nova família, tudo isso levou à perda do *status* central do Código Civil, em favor da legislação especial.

Com a migração dos princípios básicos da matéria privada para a Constituição, o Código civil, de estatuto jurídico da sociedade civil que era, passa também a instrumento técnico do programa constitucional, a cujas normas se deve ajustar para desenvolver esse programa e realizar os princípios fundamentais do direito privado. Assume, assim, a Constituição o primado e a centralidade no sistema de fontes do direito, acompanhando a crescente tendência para o pluralismo jurídico, além da perda de

---

<sup>9</sup> São exemplo de microsistemas o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Condomínio em Edificações e Incorporações Imobiliárias, a Lei sobre Locação de Imóveis Urbanos, a Lei de Registros Públicos, etc.

importância da certeza jurídica em prol de outro valor fundamental, a justiça. E os valores que influíram na codificação, o iluminismo, o racionalismo, o individualismo, a idéia do direito como sistema, a segurança, o formalismo e a tecnicização da ciência jurídica<sup>10</sup> ofuscam-se com o advento da sociedade pós-industrial, ou tecnológica, em que vivemos, com outras necessidades que não as do Estado de Direito típico. E sendo o direito brasileiro herdeiro da cultura jurídica ocidental, é nesse quadro que se deve avaliar a reforma do Código Civil e o seu atual projeto.

### **3. O processo de reforma do Código Civil brasileiro. O Projeto e sua Parte Geral.**

Com a finalidade de se restaurar o Código Civil como diploma básico da disciplina das relações de natureza privada, adaptando-o às exigências do processo de mudança social operada no Brasil, várias tentativas se fizeram.

Em 1941, publicou-se um anteprojeto de Código de Obrigações elaborado em conjunto pelos eminentes civilistas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, visando unificar o direito das obrigações, não recebendo tal iniciativa o apoio necessário da classe jurídica.

Em 1961, toma o Governo a iniciativa de reformular os principais códigos do país, convidando o Prof. Orlando Gomes para redigir anteprojeto de Código Civil, contendo o Direito de Família, os Direitos Reais e o Direito das Sucessões, e o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, para elaborar anteprojeto de Código das Obrigações. O trabalho do Prof. Orlando Gomes foi transformado em Projeto de Código Civil pela Comissão constituída do respectivo autor, e dos juristas Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira. O anteprojeto do Código de Obrigações foi transformado em projeto, revisto pela Comissão Revisora

---

<sup>10</sup> Cfr. do autor. "A descodificação do Direito Civil Brasileiro", in Revista do Tribunal Regional Federal, 1ª Região, Brasília, dezembro de 1996, p. 641.

integrada pelo respectivo autor e ainda por Orozimbo Nonato, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros.

Não vingando essas iniciativas, em 1967 constitui o Governo nova Comissão, integrada por Miguel Reale, presidente, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, para elaborar anteprojeto de Código Civil, posteriormente transformado em Projeto de Lei n.º 118, de 1984, da Câmara dos Deputados, já apreciado pelo Senado Federal e hoje de novo na Câmara dos Deputados para apreciação das emendas feitas naquela casa.

O Projeto conserva a Parte Geral, conjunto de princípios, conceitos e normas gerais que precedem a disciplina das relações especiais da família, propriedade, contrato e sucessões.

Concretizando em normas e institutos a matéria da chamada teoria geral do direito civil, esse conjunto disciplina, na verdade, a estrutura da relação jurídica, categoria básica do direito privado e um dos mais significativos ângulos de apreciação do fenômeno jurídico.

A Parte Geral representa o mais elevado grau de abstração conceitual da doutrina do direito civil, realizada pelos pandectistas alemães Puchta (1798-1846), Vangerow (1808-1870), Aloys Brinz (1820-1887), Ernst Immanuel Bekker (1827-1916), Regelsberger (1827-1916), Arndts (1822-1880), Heinrich Dernburg (1829-1907), Bernard Windscheid (1817-1892), que escreveram e utilizaram manuais, obras sistemáticas denominadas *Pandekten* ou *Cursus der Institutionen*. O termo *Pandectística*, ou *Ciência dos Pandectas*, designa, assim, a elaboração conceitual e sistemática do direito privado comum alemão, realizada com base no direito romano de Justiniano, por obra dos juristas alemães do séc. XIX.

A pandectística traduzia a mentalidade do jurista teórico do séc. XIX, que tabalhava para a construção de um belo sistema de princípios e normas, preocupando-se mais com a lógica e com a

estética do que com os fundamentos ético-jurídicos ou político-jurídicos das suas construções. Os problemas jurídicos surgiam, assim, não como problemas de vida mas como problemas conceituais<sup>11</sup>, o que representava uma escolha fatal para as relações entre ciência do direito e realidade social<sup>12</sup>. Hoje o quadro é diverso. Contrapondo-se à sistemática da Pandectística e ao purismo da dogmática formalista, a metodologia jurídica contemporânea tende mais para um pensamento problemático, mais de acordo com a realidade que nos cerca, do que com a abstração lógica do sistema jurídico próprio da modernidade.

Outro reparo crítico está no fato de que, enquanto a *Parte Especial* do Código, disciplinando os institutos da família, da propriedade, do contrato e da sucessão, teve uma elaboração histórica e jurisprudencial, a Parte Geral “deriva de um exercício lógico-teórico: é o produto acabado de um discurso central, indiferente à imediata intenção de solucionar casos concretos. A Parte Geral e as Partes Especiais não derivam apenas de diferentes épocas históricas: elas representam técnicas distintas e mesmo ciências diversas<sup>13</sup>. Além disso a Parte Geral não é tal geral assim. As regras da capacidade civil não se aplicam aos direitos reais (aquisição da posse, usucapião), e a teoria do negócio jurídico, com seus elementos essenciais e acidentais, e com sua teoria das nulidades, não se aplica aos fatos jurídicos familiares, sujeitos a regras próprias. São, assim, razoáveis e procedentes, as reservas à Parte Geral, devendo salientar-se que o Código Civil suíço e o Código Civil italiano de 1942, não a contêm.

#### **4. As inovações da Parte Geral no Projeto**

No Projeto de Código Civil a Parte Geral compreende

---

<sup>11</sup> Orrú, Giovanni. *Pandettistica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, XIII, Torino, UTET, 1995, p. 252.

<sup>12</sup> Wieacker. *História do Direito Privado e Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 82.

<sup>13</sup> Menezes Cordeiro. *Teoria Geral*, p. 77.

233 artigos, mais do que a do Código vigente, que tem 180, procurando manter as disposições do Código, com as mudanças que a jurisprudência impôs, que sem dúvida o enriquecem e atualizam, dentro da orientação de conservar o modelo existente. As principais inovações são as seguintes:

1. O Livro Primeiro, dedicado às Pessoas, divide-se em três títulos, o 1º, das *peessoas físicas*, o 2º, das *peessoas jurídicas*, e o 3º, do *domicílio*, diversamente do Código Civil que reunia no mesmo título as pessoas físicas e as jurídicas.

2. Ainda no mesmo livro, no título I, das *peessoas físicas*, surge uma novidade que é o título do Capítulo I, Da personalidade e da Capacidade, em vez da expressão Das pessoas naturais, adotadas pelo Código Civil.

Consiste essa inovação em significativa mudança na teoria da personalidade até agora dominante nos meios acadêmicos, explicitando-se a diferença que contemporaneamente se faz entre personalidade e capacidade, termos conexos mas não sinônimos. Como venho ressaltando<sup>14</sup>, “a personalidade é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e nos grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor, que se traduz em um *quantum*. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. A personalidade é, assim, um valor ético que emana do próprio indivíduo, enquanto que a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.

Com essa inovação não se coaduna porém o conservadorismo do art. 2º do Projeto, segundo o qual, “a personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde

---

<sup>14</sup> Do autor, *Direito Civil. Introdução*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p.

a concepção os direitos do nascituro”, permanecendo a fórmula do Código Civil, vetusta e condenada pelo direito contemporâneo, sensível à necessidade de reconhecimento da subjetividade jurídica do nascituro<sup>15</sup>.

O problema que se apresenta é o seguinte: o nascituro tem personalidade jurídica? Ou, de outro modo, quando se inicia a personalidade humana, com a concepção ou com o nascimento? A mesma pergunta cabe quanto à definição jurídica do *status* do embrião, suscitada pelo desenvolvimento da biotecnologia.

No direito romano o nascituro não era ainda pessoa. Mas, se nascia como homem capaz de direitos, sua existência constava-se desde a concepção<sup>16</sup>. Também nas Ordenações do Reino (Ord. 3, 18, § 7; 4. 82, § 5) a personalidade começava da concepção.

Teixeira de Freitas, no art. 1º. da Consolidação das Leis Civis, considerava nascidas as pessoas formadas no ventre materno, conservando-lhes a lei seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento. Com o mesmo entendimento, Clóvis Beviláqua dispunha no art. 3º de seu Projeto: “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida.” O Código Civil argentino acolheu esse critério no seu art. 70, e da mesma forma os códigos mais modernos, como o mexicano (art. 22), o venezuelano (art. 17), o peruano (art. 1.). Também o Código Civil suíço, no art. 31, 2: “O nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em conseqüência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tenham sido atribuídas na fase da concepção.” Ora, expectativa de direito é direito subjetivo com eficácia suspensa ou em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade.

---

<sup>15</sup> Grassi, Silverio. *I nascituri concepti e i concepti artificiali*, Torino, Giappicheli Editore, 1995, p. 31 e segs; Massager, Nathalie, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, UBL, 1997, p. 989.

<sup>16</sup> *Conceptus pro jam nato habetur, quoties de eius commodo agitur* (o nascituro é tido como já nascido quando se tratar de seus interesses). D. 1.5.7 D. 1.1.26: D. 2.5.4.1.1.

O direito francês admite também que a personalidade começa da concepção<sup>17</sup>, desde que o ser humano nasça vivo e seja viável.

No direito brasileiro, afirma-se que o nascituro não tem personalidade jurídica, como parece dispor o art. 4º do Código Civil. No entanto, o sistema do Código permite outra conclusão: os artigos 353, 357, parágrafo único, 462, 1.169 e 1.718 consideram o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, vale dizer, sujeito de direitos. E só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide<sup>18</sup>. A questão não é despicienda. Tem importância na responsabilidade civil, no direito contratual, no direito de família (investigação e reconhecimento da paternidade, alimentos, tutela, adoção, sucessão testamentária, etc.). De tudo isso se deduz que a questão da personalidade jurídica do nascituro é puramente de política legislativa, pois existem códigos que a reconhecem e outros que a negam. Tal matéria simplifica-se com a concepção moderna que distingue a personalidade da capacidade, atribuindo-se a primeira ao nascituro e ao defunto<sup>19</sup>, e a segunda, aos indivíduos com vida extra-uterina.

Em favor da personalidade do concebido, pode afirmar-se ainda que o importante, o marco distintivo, é a sua individualidade, e não a sua autonomia. Aquela decorre de seu código genético. Quanto à autonomia em face da mãe, tem esta função puramente instrumental, de sustentação. Os absolutamente incapazes não têm autonomia e são pessoas<sup>20</sup>. É de concluir-se que para a personalidade física basta a individualidade. “O concebido é já um indivíduo e a

---

<sup>17</sup> Marcel Planiol et George Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, I, p. 11; Mazeaud et Mazeaud. *Leçons de droit civil*, tome premier, deuxième volume, p. 464.

<sup>18</sup> Limongi França, op. cit., p. 127.

<sup>19</sup> Castro Mendes, p. 228; Wilson Bussada. *Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais*. I, p. 95; BGB, p. 844, nº 2.

concepção não representa senão uma das várias fases por meio das quais se realiza a vida, assim como a infância, a maturidade e a velhice”.

Nessa matéria, é o projeto extremamente conservador, perdendo-se a oportunidade de adotar uma nova posição, compatível com as exigências da sociedade contemporânea.

3. Ainda nessa matéria, significativa novidade é o capítulo II, dedicado aos direitos da personalidade, direitos subjetivos que têm por objeto os valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.

Caracterizando-os como intransmissíveis e irrenunciáveis (art. 11), o projeto garante o direito à integridade física (arts. 13 e 15), à integridade moral (art. 20 e 21) e à identidade pessoal (art. 16). Prevê a possibilidade de disposição do próprio corpo para fins de transplante (art. 13), conforme já estabelecido em lei especial<sup>21</sup>, assim como, também, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, disposição essa revogável a qualquer tempo (art. 14). Essa matéria já constava no Projeto Orlando Gomes, de 1963.

4. Saindo-se do campo das pessoas físicas, nas *disposições gerais* do título das pessoa jurídicas (Título II), o projeto mantém a divisão entre pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, e de direito privado. No elenco das primeiras, inclui as autarquias e demais entidades de caráter público criados por lei (art. 41, IV e V). Num retrocesso, porém, inclui no mesmo artigo os Territórios, que hoje não mais existem, pois que transformados em Estados os de

---

<sup>20</sup> Grassi, Silverio. *I nascituri concepti*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 33. Cfr. ainda Silmara Chinelato e Almeida, “O nascituro no Código Civil e no Direito constituendo do Brasil”, Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 44, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 18 e segs. Sobre “O direito do embrião humano: mito ou realidade”, cfr. Eduardo de Oliveira Leite, Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresaria, nº 78, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 22 e segs.

<sup>21</sup> Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Rondônia, Roraima e Amapá, e reincorporado o de Fernando de Noronha ao Estado de Pernambuco<sup>22</sup>.

Ainda como inovação acertada, no mesmo título cria-se um capítulo (o II) sem paralelo no Código, que é o das associações, onde se conceitua e caracteriza esse tipo de pessoa jurídica, estabelecendo-se-lhe também o conteúdo obrigatório do respectivo estatuto (art. 54).

5. No livro III, dos *Fatos Jurídicos*, insere-se outra significativa novidade, que é a substituição do Título I, *Dos Atos Jurídicos*, do Código, por Título I, *Do Negócio Jurídico*. Digo significativa no sentido dessa alteração ter sentido especial, pois a denominação *negócio jurídico*, como categoria do direito alemão, nascida com a pandectística e, principalmente, com Savigny no século XIX, para diferenciá-lo do ato jurídico, é uma categoria histórica, expressão da autonomia privada, válida e útil enquanto vigentes as condições que a determinaram. Não se justifica hoje a sua adoção, principalmente no Brasil, onde a experiência jurídica sempre desconheceu a autonomia privada como poder jurídico. Como dizia Orlando Gomes, “tanto do ponto de vista teórico como prático, político como técnico, a conservação da categoria negócio jurídico é a consagração de um retrocesso, e o propósito de reentronizá-lo em uma parte geral do Código Civil, hoje despropositada, não passa de vã tentativa para salvar valores agonizantes do capitalismo adolescente, quando não seja crassa ignorância em doutores de que a categoria pandectística foi elaborada num contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir.”<sup>23</sup>

6. Ainda no Título *Do negócio Jurídico*, no art. 113, introduz-se o princípio da boa-fé (art. 113), como regra de interpretação dos negócios jurídicos. Esse princípio é um dos fundamentais no campo

---

<sup>22</sup> Constituição Federal de 1988, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 14 e 15.

<sup>23</sup> Gomes, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 89.

das obrigações, onde também se contempla, no art. 422, não como critério de interpretação, mas como regra de comportamento. Não como princípio subjetivo, mas como princípio ou norma objetiva que, nos contratos, orienta as partes a agirem com honestidade e lealdade.

7. No capítulo dos defeitos dos negócios jurídicos (capítulo IV) incluem-se duas inovações, o *estado de perigo*, situação que leva o agente à prática de um ato para salvar-se de grave dano pessoal ou familiar (art. 156) e a *lesão*, prevista “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157), configurando-se um prejuízo resultante dessa desproporção. Aprecia-se esta segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. Não se decretará porém a anulação do ato, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

8. Finalmente, no campo da prescrição e da decadência, a *prescrição* é tida corretamente, como a perda da pretensão (art. 184), e os prazos respectivos estabelecem-se no art. 205, sendo o prazo máximo de dez anos. Pelas disposições legais vê-se que o projeto, acertadamente, reserva o instituto da prescrição para os direitos subjetivos patrimoniais, suscetíveis de lesão e, conseqüentemente, de correspondente pretensão. Quanto à decadência, que tem por objeto os direitos potestativos, seus prazos não se encontram na Parte Geral, mas sim na Parte Especial, nos respectivos institutos.

## **5. O Projeto no campo das obrigações.**

O Direito das Obrigações é a parte especial do Código Civil que contém maior número de regras jurídicas (do art. 863 ao art. 1.571), em sua quase totalidade dispositivas ou supletivas. Caracteriza-se por ser o campo, por excelência, da autonomia privada, e por abranger relações jurídicas em que as partes estão em nível de igualdade. Faz parte do direito privado, não compreendendo as relações de que participa o poder público, como, por exemplo, a

obrigação de pagar impostos ou a do Estado de indenizar o proprietário que teve seus bens desapropriados, nem as de família que contêm deveres de natureza moral.

A sistematização da matéria obrigacional deve reunir em um conjunto unitário e logicamente ordenado, por isso mesmo sistema, todos os princípios, normas e conceitos que disciplinam as obrigações, no seu nascimento (fontes), no seu conteúdo (direitos e deveres), nas suas modificações subjetivas ou objetivas, e na sua extinção. Melhor seria, por isso, reunir em um todo sistemático essa matéria, como fazia o Projeto de Código de Obrigações do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, de 1965, que começava com as fontes, disciplinando seguidamente o negócio jurídico, as espécies de obrigações, a transmissão, inexecução e extinção. Regulava em seguida as fontes, começando com os contratos, depois as declarações unilaterais de vontade, a gestão de negócios, a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa e os títulos de crédito.

O Projeto atual apresenta-se diversamente. Fiel à estrutura do Código vigente, mantém-se dividido em Parte Geral e Parte Especial, começando esta pelo *direito das obrigações* depois o *direito de empresa*, o *direito das coisas*, o *direito de família* e, finalmente, o *direito das sucessões*. Mantém-se, desse modo, fiel ao sistema da pandectística alemã do século passado, de Savigny, baseado no direito romano clássico. As fontes mais gerais das obrigações, como o negócio jurídico, os atos jurídicos unilaterais e os atos ilícitos estão na Parte Geral do Projeto, deixando-se as fontes específicas (contratos, declarações unilaterais e responsabilidade civil) na Parte Especial.

O direito das obrigações é hoje dominado por três princípios fundamentais: 1) a autonomia privada, 2) a boa-fé, e 3) a responsabilidade patrimonial. A primeira diz-nos o que podemos fazer, no exercício de nosso poder de agir, como contratar, escolhendo quando, como e com quem. É, assim, o poder que os particulares têm de atuar com eficácia jurídica. Esse poder não é, porém, soberano.

Limitam-no a ordem pública e os bons costumes e, de acordo com o projeto, a própria função social do contrato (art. 421). O segundo princípio determina-nos agir com lealdade no cumprimento das obrigações, levando em conta os interesses alheios. Com essa finalidade, dispõe o projeto que “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé (Projeto, art. 422). O terceiro estabelece que os bens do devedor respondem por suas obrigações. Nesse sentido, o art. 929, que inicia um título novo, inexistente no Código atual, com a seguinte redação: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.” Acrescenta um parágrafo único que, novidade também, estabelece a responsabilidade objetiva: “Todavia, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Fixadas estas preliminares, veremos, objetiva e sinteticamente quais as inovações que o Projeto apresenta, sabido que os legisladores preocuparam-se em manter a estrutura do Código vigente, com a atualização dos seus dispositivos:

1. O Direito das Obrigações do Projeto é mais amplo do que o do Código Civil, com 736 artigos contra 709 deste.

2. Inclui um título novo, “*Da Transmissão das Obrigações*” compreendendo a *Cessão de Crédito* (arts. 286 a 298) e a *Assunção de Dívida* (arts. 299 a 303), este sem paralelo no Código vigente.

3. Introduz nova e correta denominação para o título vigente “*Dos efeitos das obrigações*”, que passa a denominar-se “*Do adimplemento e extinção das obrigações*”, estabelecendo, em artigo específico, que “são nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, excetuados os casos previstos na legislação especial” (art. 318), princípio hoje fixado em lei extraordinária.

4. Também um título novo e independente para a

disciplina do *Inadimplemento das Obrigações* (Título IV), compreendendo disposições gerais sem paralelo no Código vigente e os capítulos da mora, das perdas e danos, dos juros legais, da cláusula penal e das arras.

5. O título V dos *Contratos em Geral* começa com o capítulo I, sobre disposições gerais, que reúne preliminares sobre a liberdade de contratar (art. 421), a boa-fé (art. 422), a interpretação (art. 423) e a nulidade de cláusula nos contratos de adesão (arts. 423 e 424). Num excesso de explicitação, dispõe no art. 425 que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” É verdadeiro truísmo, uma obviedade, pois é insito à matéria das obrigações o caráter dispositivo ou supletivo de suas normas, sendo próprio da autonomia privada o poder de realizar qualquer contrato, desde que observados os requisitos de legalidade do ato.

6. Ainda no título V dos *Contratos em Geral*, as disposições gerais compreendem regras sobre a formação dos contratos e, como novidade na localização, a *estipulação em favor de terceiro e a promessa de fato de terceiro*.

7. Também como inovação, as disposições gerais dos contratos compreendem, ainda, uma seção sobre o *contrato preliminar* (art. 426 a 466) e outra sobre o *contrato com pessoa a declarar* (art. 467 a 471).

8. O capítulo II do mesmo Título V denomina-se “*Da extinção do contrato*”, sem paralelo no Código, com seções também sem paralelo sobre o *distrato* (arts. 472 e 473), a *cláusula resolutiva* (arts. 474 e 475), a *exceção do contrato não cumprido* (arts. 476 e 477) e a *resolução por onerosidade excessiva* (arts. 478 a 480).

9. No regime do contrato de compra e venda, nas *Disposições Gerais* dispõe-se que esse contrato poder ter por objeto coisa atual ou futura, o que não tem paralelo no Código vigente. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se a coisa não vir a existir; salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório (art.

483). Na seção das cláusulas especiais, duas seções novas, uma sobre venda com reserva de domínio (arts. 521 a 528) e outra referente a venda sobre documentos (arts. 529 a 532).

10. Quanto às várias espécies de contrato, introduz-se o *contrato estimatório* (arts. 534 a 537), matéria nova, assim como a *Comissão* (Capítulo XI), a *Agência e Distribuição* (Capítulo XII), a *Corretagem* (Capítulo XII), o *Transporte de pessoas e de coisas* (Capítulo XIV) e, no contrato de seguro, o *Seguro de Dano e o Seguro de pessoa* (Capítulo XV, seção I e II).

11. O Título seguinte, de nº VII, referente aos atos unilaterais, que corresponde, no Código vigente, às obrigações por declaração unilateral de vontade, acrescenta à *Promessa de Recompensa* (Cap. I), a *Gestão de Negócios* (Cap. II), o *Pagamento Indevido* (Cap. III), e como novidade, o *Enriquecimento sem causa* (Cap. IV).

12. Também como inovação, o título seguinte, de nº VIII, é dedicado aos títulos de crédito, reunindo normas sobre os *títulos ao portador, títulos à ordem e títulos nominativos*.

13. O Título IX é dedicado à Responsabilidade Civil, com dois capítulos novos, o primeiro, da *obrigação de indenizar*, que estabelece o ato ilícito como fonte de obrigações e o segundo, da *indenização*, que se mede pela extensão do dano (art. 946).

São essas as principais novidades no campo das obrigações, no Projeto de Código Civil. Demonstram o interesse do legislador em manter a estrutura do Código em vigor, atualizando-se os seus dispositivos e inserindo-se novas regras ou figuras contratuais que a prática vem estabelecendo e a doutrina construindo, adaptando o sistema do direito obrigacional pátrio às exigências da sociedade contemporânea.

## 6. Direito de Empresa

Esta parte, objeto do Livro II da parte especial, não tem paralelo no Código Civil. Compõe-se de quatro títulos, referentes ao *Empresário* (I), às *Sociedades* (II), ao *Estabelecimento* (III) e aos *Institutos Complementares* (IV), compreendendo as regras sobre o registro, o nome, os propostos e a escrituração.

Caracterizando o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 969), o projeto dispõe inicialmente sobre a sua inscrição e capacidade para o exercício da atividade empresarial e, seguidamente, sobre a sociedade, nas suas espécies de sociedade não personificada (sociedade comum e sociedade em conta de participação) e sociedade personificada. A sociedade não personificada é a sociedade de fato, que acarreta para os sócios a responsabilidade solidária e ilimitada (art. 993).

Reservando um sub-título para a sociedade personificada, neste reúne *sociedade simples*, a *sociedade em nome coletivo*, a *sociedade em comandita simples*, a *sociedade limitada*, a *sociedade anônima*, que remete para lei especial, e ainda, a *sociedade em comandita por ações* e a *sociedade cooperativa*, estabelecendo regras sobre a sua constituição e administração, direitos e obrigações, transformações, incorporações, fusão e cisão. A sociedade simples é um “esquema elementar de sociedade idôneo para todos os usos”. Trazido do direito italiano, onde tem tido limitadíssima aplicação, pode considerar-se como gênero do qual derivam os outros tipos de sociedade. O projeto não contempla a sociedade de capital e indústria.

Quanto ao estabelecimento, que tem limitada disciplina, (art. 1.142 a 1.149), o projeto define-o como um “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária.

Com a matéria do Direito de Empresa, mais a parte do Direito das Obrigações, realiza o projeto uma unificação parcial do Direito Privado, ficando de fora a legislação extravagante sobre sociedades anônimas e sobre a falência.

## 7. Direito das Coisas.

Quanto ao Direito das Coisas, mantém-se o sistema do Código Civil com estas novidades: a inclusão da *superfície* e do *direito do promitente comprador do imóvel* no número *clausus* dos direitos reais, excluindo-se a enfiteuse e as rendas constituídas sobre imóveis, do Código Civil. Explicita-se a função social da propriedade, estabelecendo-se que o respectivo direito deve ser exercido em consonância com as suas finalidades económicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o património histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1.229). Reúnem-se as diversas formas de usucapião da propriedade imóvel, com prazos menores (15, 10 e 5 anos), e introduz-se também o condomínio edilício (art. 133), e a propriedade fiduciária (art. 1.360).

## 8. Direito de Família

O Direito de Família é o livro que mais inovações apresenta no Projeto, tanto na estrutura quanto no conteúdo.

No Código Civil esse livro é o primeiro da Parte Especial, enquanto que no Projeto, o Direito de Família constitui o livro IV, depois do Direito das Obrigações, do Direito da Empresa e do Direito das Coisas. Adota-se o sistema do código civil alemão, contrariando-se a opção originária do legislador brasileiro. Segundo Clóvis Beviláqua, “depois da parte geral, na qual se incluem, sob a forma abstrata, os princípios aplicáveis a todos os momentos, situações e modalidades do direito privado, aparecem-nos os institutos de direito de família, que são partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil... e têm, portanto maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade, a qual, por sua vez, é mais geral do que os direitos de crédito, que a pressupõem;

No Projeto, o Direito de Família divide-se em quatro títulos (diversamente do Código, em que se divide em seis), do *direito pessoal* (I), disciplinando o casamento e as relações de parentesco, do *direito patrimonial* (II), com as regras sobre os regimes de bens, usufruto e administração dos bens dos filhos menores, alimentos e bens de família, um título sobre a *união estável* (III) e um sobre a *tutela e a curatela* (IV).

Quanto à matéria tratada, o Projeto incorpora as inovações que nas últimas décadas se têm introduzido no Direito de Família brasileiro por meio da Constituição Federal e da legislação especial.

O Título I abre-se com a afirmação de que “o casamento institui a família estabelecendo comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges (art. 1.509). O casamento religioso tem efeito civil, desde que inscrito em registro próprio, com efeitos desde a celebração (Projeto, art. 1.512). Em matéria de impedimentos, distingue a capacidade matrimonial, que diz respeito à idade para casar, dos impedimentos propriamente ditos (parentesco, bigamia, homicídio ou tentativa contra o consorte), e das causas suspensivas, que correspondem aos impedimentos dirimentes privados do Código Civil, incisos XIII, XIV e XV.

O casamento é nulo quanto contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, ou por infringência de impedimento (Projeto, art. 1.546), e é anulável quando não respeitada a idade mínima para casar, quando o menor não for autorizado por seu representante legal, por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, por incapacidade de consentimento ou de manifestação do consentimento, quando realizado por mandatário de mandato já revogado, e por incompetência da autoridade celebrante (Projeto, art. 1.549).

No plano da eficácia, repetem-se as disposições do Código vigente, acrescentando-se um dever recíproco, o de respeito e consideração mútuos (Projeto, art. 1.568, V).

Em matéria de dissolução da sociedade conjugal mantém-se igualmente a casuística do Código, com a inclusão porém de uma nova hipótese, um novo casamento do cônjuge, desde que declarada a ausência de outro em decisão judicial transitada em julgado (Projeto, art. 1.574, V). Enfrentou-se, assim, o problema do *status* matrimonial do cônjuge do ausente, até agora uma lacuna legal, pois o Código só dispõe sobre a ausência, em matéria de família, quanto ao exercício do pátrio poder.

Quanto à separação judicial, pode-se dizer que o Projeto incorporou, nessa matéria, as disposições da Lei do Divórcio. Qualquer dos cônjuges poderá propô-la, imputando ao outro a violação grave dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum, hipótese que se prevê nos casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, condenação por crime infamante e conduta desonrosa (Projeto, art. 1.577).

Configura-se, aqui, um retrocesso em relação à lei do divórcio, que substituiu a casuística do desquite do Código Civil por uma previsão legal menos tipificada e de interpretação ampliativa, como é a do art. 5º daquele diploma (Lei 6.515, de 26.12.77), segundo o qual a separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

Na filiação mantém-se, também, a estrutura do Código Civil, estendendo-se, porém, a presunção de concepção na constância do casamento para os filhos havidos por *inseminação artificial*, desde que tenha havido prévia autorização do marido (Projeto, art. 1603, III).

Em matéria de reconhecimento de filho, “o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento” (Projeto, art. 1.625). Cabe aqui recordar que a Lei 883, de 21.10.49 já dispunha que o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado era, nessa parte, irrevogável (art. 1º)

Quanto à adoção, a novidade está na obrigatoriedade de processo judicial, suprimindo-se a adoção por escritura pública do Código Civil (art. 375). A adoção atribui o *status* de filho adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, e confere ao menor o nome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado (Projeto, art. 1646). Os efeitos da adoção começam da inscrição da sentença, estabelecendo relação de parentesco entre o adotante e o adotado, e também entre aquele e os descendentes deste.

O pátrio poder passa a denominar-se *poder familiar*, que compete a ambos os pais enquanto os filhos forem menores.

No título II, dedicado ao direito patrimonial, a novidade está na supressão do regime dotal e na previsão de um novo regime, o da *participação final nos aquestos*. Dá-se o nome de aquestos aos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.

De acordo com esse regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio, formado pelos bens que cada um tinha ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento, cabendo-lhe, quando se dissolver a sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso. Este regime aplica-se só quando expressamente convencionado, em pacto antenupcial, no qual se poderá convencionar também a livre disposição dos bens imóveis (Projeto, art. 1.684), desde que particulares. Difere do regime da comunhão parcial pela circunstância de que neste a comunhão existe desde a celebração do casamento, incluindo os bens adquiridos na sua constância a título oneroso, ainda que em nome de um dos cônjuges, enquanto que no regime da participação final nos aquestos cada cônjuge possui patrimônio próprio que se mantém assim até a dissolução da sociedade conjugal, quando então terá direito cada cônjuge à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso.

É de salientar-se ainda, nesta parte do direito patrimonial dos

cônjuges, a inserção do instituto do bem de família, diversamente do que está no Código Civil, no qual se situa na Parte Geral, no livro dedicado aos bens.

O Título III do Direito de Família dedica-se à união estável, reproduzindo as disposições da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que, por sua vez, regula o par. 3º do art. 226 da Constituição Federal. Reconhece, assim, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos, prazo esse redutível a três anos, se houver filho comum. Não haverá união estável se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas do casamento. As relações pessoais entre os conviventes ou companheiros obedecerão aos deveres da lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, aplicando-se, salvo disposição em contrário, o regime da comunhão parcial de bens. Dispõe-se, ainda, que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assunto no Registro Civil.

## **9. O Direito das Sucessões**

No Direito das Sucessões, Livro V da Parte Especial do Projeto, mantém-se a estrutura do Código Civil.

As principais inovações estão no reconhecimento da capacidade sucessória da(o) companheira(o), na união estável, que terá direito a uma cota equivalente à dos filhos comuns, se com eles concorrer; a metade do que couber aos descendentes só do autor da herança, se com eles concorrer; a um terço da herança, se concorrer com outros parentes sucessíveis; e à totalidade da herança, se não houver parentes sucessíveis.

Ainda em matéria de vocação hereditária, reconhece-se o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e os ascendentes, sendo igualmente privilegiado na ordem da vocação hereditária, concorrendo com os descendentes e com os ascendentes. Em concorrência com os descendentes, caber-

lhe-á um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, tocará ao cônjuge um terço da herança. Caber-lhe-á a metade se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente como aliás já dispõe.

## 10. Conclusões

O projeto de Código Civil traduz notável esforço de atualização do Código vigente, com a inserção das inovações construídas pela doutrina e pela jurisprudência, nos 70 anos de vigência do Código Civil. Não afasta porém, a permanência da legislação especial, micro-sistemas que têm sido construídos em face da insuficiência do Código para disciplinar as novas relações decorrentes dos desafios da sociedade contemporânea. Optou-se, assim, pela corrente dos que se contentam com uma reforma parcial, recusando a reforma total e, principalmente, a idéia de que está superado o processo de codificação.

Permanecem o código e a legislação especial, em manifesta contradição com o pensamento moderno, do séc. XIX, que via o Código Civil como o sistema único da disciplina das relações privadas, e com o pensamento contemporâneo que aceita a idéia de polissistemas, representados por leis especiais de lógica própria e autônoma, verdadeiros microssistemas, tendo a Constituição como novo epicentro do sistema jurídico de organização social.