

PARECER PRELIMINAR SOBRE O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

JOSAPHAT MARINHO

SUMÁRIO: Breve histórico — Providência frustrada — Observações preliminares — Direito sem unidade — Codificação — Declínio da codificação. Leis especiais — O problema no Brasil — Outras razões ponderáveis — Prudência e flexibilidade — Novos subsídios.

Breve histórico

1 — A iniciativa, propriamente dita, da elaboração de novo Código Civil coube ao governo Jânio Quadros, cujo Ministro da Justiça, Oscar Pedroso d'Horta, confiou o preparo de anteprojeto, em 1961, ao Professor Orlando Gomes. Pouco após o começo do trabalho do jurista baiano, sobreveio a renúncia do presidente da República.

2 — No governo João Goulart, o Ministro da Justiça João Mangabeira, em outubro de 1962, retomou o estudo da matéria, renovando a confiança no professor Orlando Gomes, que apresentou Anteprojeto em março de 1963. Submetido a uma Comissão Revisora, de que participaram, com o autor, o Ministro Orozimbo Nonato e o professor Caio Mário da Silva Pereira, e sujeito a debate em instituições de cultura, o Anteprojeto foi entregue, solenemente, em 28 de setembro de 1963, ao Ministro da Justiça Milton Campos, já no governo Castello Branco.

É o que, resumidamente, informa o professor Orlando Gomes no livro "A Reforma do Código Civil" (Publs. da Univ. da Bahia, 1965).

3 — Em maio de 1969, foi constituída "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil", composta dos professores Miguel Reale, na qualidade de

Supervisor, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro, de cujos estudos “resultou novo Anteprojeto, publicado em 18 de junho de 1974”.

Eis o que noticia a exposição de motivos do Ministro da Justiça Armando Falcão, de 1975, dirigida ao presidente Ernesto Geisel. E, assim, a mensagem presidencial nº. 160, de 16 de junho, encaminhou ao Congresso Nacional “o projeto de lei que institui o Código Civil”.

4 — Em face da denominação dada à nova Comissão — “Revisora e Elaboradora do Código Civil” —, bem como da exposição de motivos do Ministro Armando Falcão, já ressalta a idéia de substituir o primitivo Anteprojeto por outro. O minucioso relatório do professor Miguel Reale, como Supervisor da Comissão, não permite dúvida a esse respeito. Além do que explica em seu conjunto, declaradamente elucida que, na revisão do Código de 1916, foram aproveitadas “valiosas contribuições”, “tais como os Anteprojetos de Código de Obrigações, de 1941 e de 1965”, “e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. Orlando Gomes” (*In Código Civil*, 1ª. vol., Parte Geral — Pub. da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Bras., 1975).

5 — O relato do Professor Miguel Reale esclarece, ainda, e pertinentemente, que, “abandonada a linha de reforma que vinha sendo seguida”, ou seja, a de elaboração “de dois códigos distintos” — o Código Civil e o Código de Obrigações —, idéia que — acentua — “não logrou boa acolhida”, prevaleceu a orientação de feitura de um texto fundamental. Concisamente assevera que predominou, entre as diretrizes essenciais, 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”.

6 — Veio ao Congresso Nacional, portanto, já unificado com o de Obrigações, o projeto que “institui o Código Civil”.

Esse projeto, de 1975, é que foi examinado e aprovado, com emendas, pela Câmara dos Deputados, tendo sido remetido ao Senado em 1984.

7 — Aberto prazo, nesta Casa, foram apresentadas 360 emendas, abrangendo a Parte Geral e a Especial.

8 — Ao instalar-se a nova legislatura, em 1991, o Projeto estava arquivado. Por iniciativa do Senador Cid Sabóia de Carvalho foi desarquivado. Para apreciá-lo, constituiu-se Comissão Especial, assim formada:

PMDB — Sen. Amir Lando, Antônio Mariz e Cid Sabóia de Carvalho;

PFL — Sen. Josaphat Marinho e Guilherme Palmeira;

PSDB — Sen. Wilson Martins;

PTB — Sen. Louremberg Nunes Rocha;

PDT — Sen. Maurício Correia;

PRN — Sen. Rachid Saldanha Derzi;

PDC — Sen. Gerson Camata;

PDS — Sen. Esperidião Amin.

Foram designados Presidente e Relator-Geral, respectivamente, o Senador Cid Sabóia de Carvalho e o signatário deste parecer, e Relatores parciais: Amir Lando — Obrigações; Antônio Mariz — Atividade Negocial; Maurício Correia — Das Coisas, Wilson Martins — da Família; Esperidião Amin-Sucessões, e Louremberg Rocha — Livro Complementar.

9 — Tendo em conta que o Projeto já deveria ser ajustado à Constituição de 1988, bastante inovadora na parte do Direito de Família, e que era prevista uma revisão constitucional extraordinária, convencionou-se somente iniciar a apreciação da matéria depois de possíveis outras modificações, para que se evitasse repetição do trabalho ou aumento de contradições.

10 — Não obstante isso, e no intuito de obter informações e esclarecimentos, mantive contato e correspondência com ilustres personalidades que participaram do processo de criação do Projeto no âmbito do Poder Executivo. Reiterada foi a comunicação com o eminente professor Miguel Reale, Supervisor da última Comissão, a quem encaminhei as emendas do Senado, para seu conhecimento direto, e com quem as examinei, dele recebendo opinião sobre cada proposição da Parte Especial, indicativa de valiosa contribuição e singular espírito público. Sobre as emendas à Parte Geral teceu comentários apreciáveis o eminente Professor e Ministro Moreira Alves.

11 — Encerrada a revisão sem alteração substancial no texto da Carta de 1988, sobreveio a campanha eleitoral de caráter amplo, nacional e regional, impeditiva de trabalho regular em torno de assunto da complexidade de um Projeto de Código Civil, até porque vários membros da Comissão especial eram candidatos.

Providência frustrada

12 — Antes de encerrar-se a legislatura, e para facilitar, na que começaria, o estudo conclusivo da matéria, julguei oportuno provocar reunião da Comissão Especial, a fim de fazer-lhe sugestão em forma de medida preliminar. Por diferentes motivos ponderáveis, que não cabem examinados aqui, o ilustre Senador Presidente da Comissão considerou impossível a convocação, com êxito.

Observações preliminares

13 — Reconstituída agora a Comissão, e me havendo sido confiada, de novo, a tarefa de Relator-Geral, creio que são oportunas algumas observações preliminares, antes de iniciar-se, propriamente, a retomada de exame do Projeto. São ponderações concernentes à orientação do trabalho legislativo e que mostram o grau da responsabilidade cultural atribuída a esta Comissão. Envolvem reflexões sobre a feitura de novo Código, na presente fase de evolução da cultura jurídica, e as medidas iniciais para o prosseguimento da obra de codificação.

Direito sem unidade

14 — Como se sabe, pelas revelações da história e da doutrina, faltava unidade ao direito civil do século XVIII, dominado por excessivo particularismo, até nas diversas partes de um mesmo Estado, segundo assinala Solari (*Filosofia del Derecho Privado*, Editorial Depalma, B. Aires, 1946, I, p. 59). Dado o desenvolvimento das relações em geral, com as mudanças na economia, a ampliação da indústria e do comércio, tornava-se necessário um direito que disciplinasse fatos e vínculos sem tamanha multiplicidade de regras. O propósito inovador era no sentido de instituir uma ordem normativa revestida de unidade. “A formação de um direito privado comum, sobre bases romanas, preparou o caminho à unificação”, informa também Solari, que acrescenta: “A codificação resume os esforços seculares dos príncipes, dos jurisconsultos e dos filósofos para reduzir a uma unidade material e formal a legislação civil” (Ob., vol. e ed. cit., p.p. 67 e 76). Se os autores salientam, de ordinário, a influência das fontes germânicas, do direito natural e das idéias individualistas, nesse processo, é sempre a sistematização do direito privado o objetivo primordial da mudança.

Codificação

15 — Essa sistematização toma corpo a partir do começo do século XIX, quando a legislação assume a “forma de códigos”, sendo o Código Civil francês — o Código Napoleão — o marco da transformação, que “suprimiu, de um só golpe, o direito então em vigor”, na observação incisiva de Georges Ripert (*Les Forces Créatrices du Droit*, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1955, p.p. 348-349). O Código Civil francês, de 1804, e os que lhe sobrevieram

— o Alemão — BGB — de 1896, o Suíço, de 1881-1907 — influíram no direito de outros povos, inclusive fora do continente europeu, afirmando a nova orientação política e técnica de legislar.

Declínio da codificação. Leis especiais

16 — Depois de um período de largo prestígio, os códigos foram acusados de exagerar o “positivismo legislativo” e, afinal, de “envelhecimento”, diante das modificações intensas e constantes no conjunto da vida.

Henri, León e Jean Mazeaud comentaram, em 1955, sobre a França, que, “em consequência das transformações do direito após 1804, o Código Civil não traduziu mais o estado do direito positivo francês. Certas leis foram incorporadas ao Código mediante alterações ou acréscimos às vezes incorretos; outras, mais numerosas, não se situaram na codificação, e lhe modificam o espírito. Finalmente, — acentuaram — a interpretação dada pela jurisprudência mudou o sentido de numerosos artigos do Código”. Em função disso, lembraram que em 1904, na época do centenário, houve tentativa de inovação — *faire oeuvre nouvelle* —, sem êxito, como também após a Liberação em 1948, fracassou outra iniciativa de reforma — ou projeta à *nouveau une réfonte du Code Civil*. Em face dos obstáculos ponderaram que talvez fosse conveniente renunciar” ao vasto projeto de 1948” e aproveitar alguns dos estudos técnicos como “base de mais modestas reformas” (Leçons de Droit Civil, Editions Montchrestien, Paris, 1955, T. I, p. 78). E até hoje não se operou reforma sistematizada do Código francês. Parece, mesmo, cada dia mais difícil essa revisão, à vista da estrutura e do individualismo do Código, das leis especiais que o modificaram e do “espírito novo das leis civis”, que Edmond Bertrand examina com relação, nomeadamente, à família, à propriedade imobiliária e à empresa (L’Esprit Nouveau des Lois Civiles, Economica, Paris, 1984).

Em estudo publicado em 1986, Christian Atias pondera que “nenhum contrato de alguma importância prática pode subsistir sem sua lei especial. Nenhum procedimento verificado na sociedade pode ser deixado sem estatuto legislativo próprio. O “direito comum da França” desaparece “em face da multidão dos direitos especiais” (Une crise de légitimité seconde, in Droits, Revue Française de Théorie Juridique, 4, 1986, p.p. 21-33, cit. p. 27).

17 — Não é restrita ao pensamento francês a resistência à elaboração de novos códigos. Em vigorosa monografia, Natalino Irti aprofunda-se no estudo da matéria e adverte que as mudanças sociais geraram normas e leis especiais à margem dos códigos civis. Observa que “o código civil perdeu o caráter de

centralidade no sistema das fontes: não é mais sede das garantias do indivíduo, porque constam da Constituição, nem dos princípios gerais, visto que expressos, por singulares categorias de bens ou classes de sujeitos, em leis autônomas”. E conclui que se pode dizer, “em linha negativa, que o nosso não é tempo de novas codificações, nem de reformas gerais, com que se pretenda alterar estrutura e funções do código vigente” (*L’età della decodificazione*, Giuffrè, 1979, p.p. 33 e 36).

18 — Em verdade, não foram editados grandes códigos civis nesta centúria, nem efetuadas reformas sistematizadas em textos antigos, como o francês ou o alemão; isolado ficou o Código Civil soviético, por sua peculiaridade política e filosófica. Itália e Portugal adotaram novos códigos civis, em 1942 e 1966, respectivamente, durante regimes ditatoriais, mas que não escapam aos efeitos das mutações culturais. Segundo o professor Almeida Costa, o direito civil português “tem conhecido, desde a última codificação, diversas modificações, umas por imperativo constitucional, outras por opção do legislador ordinário”. Especificamente elucida que “os preceitos do Código Civil relativos ao arrendamento foram revogados, cabendo agora a disciplina deste contrato a legislação avulsa” (Mário Júlio de Almeida Costa, *Noções de Direito Civil*, 3ª ed. at., Liv. Almedina, Coimbra, 1991, p.p. 13 e 352. Sobre o Código Civil italiano, o professor Piero Schlesinger, em estilo bastante sóbrio e sem negar-lhe “il carattere totalizzante”, reconhece que o têm superado normas constitucionais e leis especiais (*leggi speciali*). Exemplificando, cita lei de 1983, que ab-roga o capítulo sobre adoção especial, inscrito no Código de 1967” (*Código Civile e Sistema Civilistico: Il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Rivista de Diritto Civile*, Ano XXXIX, n. 4, 1993, pp. 403-413, cits. pp. 406 e 410).

Tem alcance amplo, portanto, a tendência redutora da importância dos códigos civis.

O problema no Brasil

19 — No Brasil, Orlando Gomes, autor do Anteprojeto de 1963, escreveu ensaio bem fundamentado sobre “o problema da codificação. Metodicamente, enumerou três correntes em torno da questão, no plano das leis civis:

“1 — a dos que querem a reforma total do código;

2 — a dos que se contentam com uma reforma parcial;

3 — a dos que propalam o esgotamento do processo histórico-cultural da codificação”.

Esclareceu que, “embora acreditasse, durante certo tempo, que a reforma das estruturas devesse ser cumprida através da substituição do Código Civil”, nem por isso confundiu “o problema da reforma com o problema da codificação”. E explicou: “A reforma pode ser gradualmente realizada mediante a introdução no sistema jurídico de leis que modificam institutos codificados ou que exprimem a filosofia da mudança, remediando a crise de legitimidade”. Anota que uma visão das leis especiais editadas no Brasil, a partir de 1930, permite o mapeamento das partes necrosadas do código, já substituídas por outras”, dotadas de funcionalidade, e indica o Código de Águas, o Código de Minas, o Código Florestal, o Código de Menores, e à frente deles, pela idade e pela importância, a Consolidação das Leis do Trabalho”. Realçando as “tensões e contradições da civilização industrial dos dias correntes”, entende que “a substituição global de um Código Civil é atualmente um anacronismo”. Reforça a tese para considerar decisão dessa natureza “uma inutilidade prática, ou, quando menos, um cometimento desaconselhado pelo comportamento exemplar nos países mais avançados da Europa relativamente à substituição dos respectivos códigos civis”. Considera também imprópria uma reforma parcial “no estilo novelístico”, porque “não passa de uma homenagem de reverência ao valor científico e ao prestígio histórico de códigos em desagregação”, dado que antevê sempre a incidência de leis especiais ou “códigos setoriais”. Por fim, salienta que “o movimento de descodificação do direito civil” cresceu com o Congresso de Roma, de 1979, e o de Caracas, de 1982, reveladores da “inclinação da maioria dos participantes” (*O problema da codificação*, in *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*, Aide Editora, 1ª ed., 1986, pp.121-135).

Confirmou o saudoso professor essa orientação noutro estudo — *A agonia do Código Civil* — em que retraça “a proliferação das leis especiais” e proclama que a mudança da organização sócio-econômica dos tempos presentes determinou o desmoronamento desse edifício de linhas clássicas (o C.C.) e desaconselha a recodificação” (in “Sans Adieu” — 50 anos de cátedra, s/d, p.p. 73-79).

20 — Diverge dessa diretriz o professor Miguel Reale, que assim se exprimiu na exposição sobre o Anteprojeto de 1975, convertido no Projeto ora em tramitação no Senado: “Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificada, — realçou o douto professor — tantas e tamanhas são as forças que atuam em contínua transformação, pois, a prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das

expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura” (*In Código Civil*, 1^a vol. — Parte Geral, Senado Federal, Subsec. de Ed. Técnicas, 1975, p. XIV).

21 — Sem filiar-se, propriamente, à corrente contrária, o Professor Silvio Meira, em carta que me dirigiu em 1991, objetou que “o projeto inicial, que já apresentava pontos vulneráveis, tem sido deformado em sua tramitação legislativa”. Asseverou que “de nada adianta promulgar um código que já nasce defasado ou com impropriedades”. E salientou o declínio dos Códigos Cíveis em geral”, em virtude do que “alguns juristas pugnam pela descodificação”.

Outras razões ponderáveis

22 — Acresce que o Projeto em curso data de 1975, vai, portanto, por 20 anos, e com a superveniência da Constituição de 1988 já deve ser necessariamente modificado, sobretudo no que concerne ao direito de família, pelas inovações estabelecidas.

23 — Por fim, cabe notar, sem exclusão de outras motivações, o assinalável desenvolvimento dos estudos e pesquisas sobre reprodução humana, discutindo-se problemas como a fecundação *in vitro* e a inseminação artificial, com reflexos manifestos na legislação civil.

“As possibilidades tecnológicas de manipulação da identidade civil — observa Cathérine Labrusse Riou, em contribuição de 1991 — obrigam os juristas a pensar, proximamente, no princípio da indisponibilidade do estado das pessoas, visando menos ao respeito da natureza entendida como estado de fato biológico, que ao respeito da natureza humana no que a identidade de cada homem é instituída pelo direito numa ordem de relação com outros, superior ao domínio exclusivo das vontades individuais e merecendo a consideração do próprio corpo social” (*L'enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne*, in *Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, 13, 1991, pp. 19-30, cit. p. 27).

Entre nós, a recente Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, regula os incisos II e V do art. 225 da Constituição e “estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos genetica-

mente modificados”. Ao lado de outras regras, a lei trata da fecundação *in vitro* (art. 3º, parágrafo único) e veda a manipulação genética de células germinais humanas (art. 8º, II). Cuida-se, pois, de diploma que contém disposições diversas, refugindo à unidade de um Código. E outras leis distintas, decerto, podem ser mencionadas.

Prudência e flexibilidade

24 — Não obstante a controvérsia aberta e os fatores consideráveis que nela se encerram, parece de toda conveniência que se prossiga no estudo do Projeto de novo Código Civil. Depois do meritório esforço desenvolvido pelos eminentes juristas que colaboraram na feitura do Anteprojeto e da valiosa contribuição da Câmara dos Deputados, que o converteu no Projeto aprovado, seria temerário mudar o rumo do processo legislativo, para reservar o caminho à edição de leis especiais. Se o código atual, provindo do saber e da experiência de Clóvis Beviláqua, e em vigor desde 1917, sofre a incidência de múltiplas leis, que o modificaram ou criaram sistema normativo parcialmente diverso, já agora, é melhor tentar a inovação global do que o manter mutilado, e por isso mesmo de complicada interpretação, em prejuízo da sociedade e da ordem jurídica.

Em verdade, a prudência, se aconselha o prosseguimento do trabalho legislativo, também recomenda proceder-se com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes. O raciocínio prudente, no caso, harmoniza-se com a técnica de legislar. Como assinala Jean Carbonnier, “o legislador que compreende que sua obra vive, e não quer imobilizá-la, deve delinear os textos além de seu próprio pensamento”. Dessa forma preserva o que o mesmo Autor chama a “dinâmica” da lei, essencial a um código, pois, para ele também, “codificar é modificar” , e “a modificação não se concebe senão no sentido de aperfeiçoamento constante” (*Essais sur les Lois*, Repertoire du Notariat Defrénois, 1979, p.p. 249 e 299).

Dentro desse espírito sensível às transformações foi elaborado o Código italiano de 1942, — “*caratterizzato da un alto grado di flessibilità*” e só excepcionalmente consagrando “*volonta imperativa*” — segundo observa Franco Piga (*Pubblico e Privato nelle dinamica delle istituzioni*, Giuffrè Editore, 1985, pp. 117 e 119).

25 — Se o texto do projeto em estudo, pelo tempo decorrido de seu preparo e em razão de mudanças culturais, requer alterações, o influxo de novas idéias, nada obsta a que o Senado o faça, inclusive colhendo outros subsídios. Em prazo razoável, para não perturbar o andamento da proposição, pode ser solicitada a cooperação de juristas, a começar pelos que emprestaram seu concurso à elaboração do Anteprojeto, bem como a de instituições de cultura. O confronto de idéias produz esclarecimentos, retificação de equívocos, inovações. Demais, como observou Rui Barbosa no parecer sobre a redação do atual Código Civil, “toda obra de legislação em grande escala há de ser obra de transação” (Ob. Comp., vol. XXIX. 1902, T. I, MEC, Rio, pp. 2-3). Preservada a lógica do sistema, toda contribuição fundamentada merece exame.

26 — O Senado, portanto, procederá com sobriedade e visão clara de seu dever, se buscar, bem informado, conciliar o seu com o pensamento externo ordenado e atualizado.

É o parecer preliminar, submetido ao exame da douta Comissão.
Sala das Comissões, em de maio de 1995.