

ASPECTOS DA CONTRIBUIÇÃO DE CAIO MÁRIO AO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. Caio Mário e a evolução do direito privado. 2. O surgimento e a evolução do Direito Civil. O Direito Civil no Brasil. Legislação e projetos de mudança. 4. A reforma do Código de 1916. 5. A Constituição de 1988 e o Direito Civil. 6. As diretrizes na elaboração do Código de 2002. 7. A posição adotada pela Comissão e pelo Legislativo. 8. Da estrutura e conteúdo do Código de 2002. 9. Apreciação crítica do Código de 2002. 10. Conclusão.

1. Caio Mário e a evolução do direito privado

Filho de professor, Caio Mário da Silva Pereira certamente herdou do seu pai o gosto pela sala de aula, tendo lecionado português e francês no Colégio Mineiro, de Belo Horizonte, cidade onde nasceu e viveu até transferir-se para o Rio de Janeiro.

Empregado na Revista Forense, então sediada na capital mineira, veio a estudar Direito, graduando-se em 1935 pela tradicional e prestigiosa então Universidade de Minas Gerais, na qual mais tarde, por concurso, ingressou como docente, tendo sido um dos seus mais destacados professores, pela solidez de sua cultura, talento invulgar e invejável didática, que a todos cativava. A esse perfil acrescentava as lições admiráveis postas em seus livros e estudos doutrinários, que se destacavam pela excelência.

Falar de Caio Mário, hoje, não significa, todavia, dizer só da grandeza de um expoente do Direito, mas contar um capítulo fundamental da evolução do Direito Civil no século XX, particularmente no mundo luso-brasileiro.

A propósito, em meados do século XIX já prelecionava o Conselheiro Ribas que “O direito manifesta-se na historia como uma força viva, que

germina no seio dos povos desde a sua idade primitiva, que se desenvolve e transforma no tempo e no espaço, segundo uma lei de lógicas evoluções”¹.

Caio Mário, aproximadamente um século e meio depois, ao escrever sobre a evolução do Direito Civil, por sua vez observou: “O Direito do século XXI forçosamente será diferente do presente, em razão de que o mundo está em permanente mutação — *un perpetuo mobile* —, que constantemente terá de absorver o caráter mutante de uma sociedade em permanente evolução”².

2. O surgimento e a evolução do Direito Civil

Coube aos romanos ordenar um sistema de normas do Direito Civil, tendo Ulpiano definido o direito público como o que corresponde às coisas do Estado e o direito privado como o pertencente à utilidade das pessoas. Era, na lição de Caio Mário, “critério utilitário que o Digesto e as Institutas assentaram como elemento diferenciador”³.

Dentro do direito privado, o Direito Civil passou a identificar-se com o direito romano, “o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes”⁴.

Passando da Antiguidade à Idade Média, o Direito Civil romano recebeu as influências germânicas e canônicas, que se imbricavam na aplicação do Direito, sem todavia perder cada qual sua identidade.

Com o advento das revoluções do fim do século XVIII, especialmente a Francesa, de 1789, a par da eclosão do constitucionalismo, nos séculos XIX e XX o mundo ocidental voltou-se para a produção dos códigos civis nos países da Europa e da América, com exceção da Inglaterra e dos Estados Unidos.

A idéia dos códigos não era nova. Desde o famoso Código de Hamurabi, ligado ao povo babilônico, editado, segundo a maioria, entre 1728 e 1686 a.C., passando por Licurgo, em Esparta, e Sólon, em Atenas, até chegar aos romanos, que fizeram expandir o projeto através da Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e das codificações que lhe seguiram (judaico, persa, indu, etc.), a influenciar definitivamente o ocidente. O *Corpus Iuris Civilis*, do século VI, compilação ordenada pelo imperador Justiniano, compreendendo importantes textos legais, tais como as *Institutas*, as *Pandectas* (ou *Digesto*), o *Codex* e as *Novelas*, legou ao mundo até os nossos dias a unidade sistemática dos códigos, ultrapassando milênios.

Já na Idade Moderna, códigos como o da Prússia e o de Napoleão, reacenderam o propósito codificador das leis, avivando os debates a favor e contrários à idéia, tendo tornado célebres a defesa de um Código Civil alemão

por Thibaut, professor em Heidelberg, e o contraponto de Savigny, para quem o Código fossilizaria o direito e corromperia sua floração natural.

3. O Direito Civil no Brasil. Legislação e projetos de mudança

Na linha da tendência mundial à época, a codificação no Brasil recebeu a decisiva influência lusitana das Ordenações Afonsinas(1446), Manuêlinas(1521) e Filipinas(1603), que nos regeram por mais de três séculos, e até mesmo após a nossa independência por força de lei editada em 1823.

O século XIX assistiu aos projetos de formação da legislação civil, que tiveram como pioneira a obra de Teixeira de Freitas, com sua *Consolidação das Leis Cíveis*. Incumbido do projeto de Código Civil, Teixeira de Freitas apresentou o *Esboço* com mais de cinco mil artigos, cujas críticas não só o magoaram como o levaram a rescindir o contrato de elaboração da obra.

Após sucessivas tentativas de conclusão do trabalho, já no início do século XX, após decisiva participação de Clóvis Beviláqua e Ruy Barbosa, o projeto ganhou aprovação por meio da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com vigência um ano depois.

Sem embargo das críticas recebidas, o Código Civil de 1916 significou “um grande monumento jurídico”, de “inegável valor dogmático”⁵.

Com o passar dos anos, no entanto, crítico perspicaz da codificação dos direitos civis, arguto e atento às transformações do tempo, Caio Mário alertou para a impossibilidade de “enfeixar o direito civil, no Código respectivo”, dada a “complexidade crescente” das atividades e “ao desenvolvimento enorme das relações da vida civil que o legislador é chamado a disciplinar”⁶. E ao posicionar nesse sentido, enalteceu o Direito Civil para além do hermetismo dos códigos legislativos, proclamando com maestria:

“Embora o direito civil se tenha como um dos ramos do direito privado, a rigor é bem mais do que isto. Enfeixa os princípios de aplicação corrente, de aplicação generalizada e não restritiva à matéria cível. É no direito civil que se aprende a técnica jurídica mais característica de um dado sistema. É consultando o direito civil que um jurista estrangeiro toma conhecimento da estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um país, e é dentro nele que o jurista nacional encontra aquelas regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito. Nele se situam princípios que a rigor não lhe são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam a todo o arcabouço jurídico: o direito civil enuncia as regras de hermenêutica, os princípios relativo à prova dos negócios jurídicos, a noção dos defeitos dos atos jurídicos, a organização sistemática da prescrição etc., institutos comuns

a todos os ramos do direito, tão bem manipulados pelo civilista quanto pelo publicista”⁷.

Ao lado dos debates sobre a unificação do direito privado, em vez de sua dicotomia em civil e comercial, Caio Mário perfilhou a idéia unificadora, defendida por Vivante, na Itália, e apregoadada no Brasil por Teixeira de Freitas e Inglês de Souza.

4. A reforma do Código de 1916

Em mais de oitenta anos de vigência, o Código Civil sofreu alterações e reclamos de variada ordem por sua reformulação. Assim como o que veio a suceder-lhe em 2002, padeceu o Código de 1916 de falhas decorrentes de sua longa tramitação. A “timidez na aceitação de idéias novas”, aliada à “resistência de elementos tradicionalistas”, o fez já nascer desatualizado, exigindo reformas⁸.

O primeiro trabalho de sua atualização, empreenderam-no os juristas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, ao concretizarem o anteprojeto de código de obrigações, em 1941 e fixarem os princípios regentes do direito obrigacional, comuns a todo o direito privado, tanto civil quanto mercantil.

Já na década de 1960, nova comissão se formou:

“Ao Prof. Orlando Gomes foi confiada a redação de anteprojeto de código civil, convertido em projeto pela Comissão e entregue ao governo em 31 de março de 1963, contendo, em 963 artigos, o direito de família, os direitos reais e o direito das sucessões. A Comissão encarregada de redigi-lo ficou constituída de seu autor, do Ministro Orozimbo Nonato e do Prof. Caio Mário da Silva Pereira”.

Foi incumbido de elaborar o anteprojeto de Código de Obrigações o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, que o concluiu a 25 de dezembro de 1963, entregando-o com 952 artigos, assim disposta a matéria: “Negócio Jurídico, Obrigações em Geral, Teoria Geral dos Contratos, Várias Espécies de Contratos, Declaração Unilateral de Vontade, Enriquecimento Indevido, Responsabilidade Civil”⁹.

Em 1972, Miguel Reale, Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Couto Silva e Torquato de Castro, integrantes de Comissão Revisora nomeada em 1967, concluíram o anteprojeto, que mereceu, à época, esta observação de Caio Mário: “Em suas linhas gerais, o anteprojeto revela-se tímido e passadista. Apegado demasiadamente às soluções tradicio-

nalistas. Não se deixa arejar pelas inovações da ciência civilista moderna e desconhece a contribuição do desenvolvimento econômico”.

Depois de repassar parte por parte e tecer-lhe críticas, concluiu o Civilista mineiro que o anteprojeto, “na realidade, exige uma revisão completa e profunda. Pois se permanecer como está, e assim for votado, dará um triste depoimento de nossa geração. Um país que no século passado produziu a Consolidação de Teixeira de Freitas, e no primeiro quartel deste século apresentou o Código Civil de 1916, muito terá decaído, se não puder produzir mais do que o Anteprojeto de 1972”¹⁰.

5. A Constituição de 1988 e o Direito Civil

Não se pode deixar de assinalar a extraordinária influência da Constituição de 1988 sobre o Direito Civil. Institutos do direito privado, inclusive, se elevaram a cânone constitucional, sofrendo relevantes transformações.

O direito de família, a tutela à criança e ao adolescente e o direito de propriedade, por exemplo, trouxeram nova dimensão ao Direito Civil, que passou a ser pensado a partir dos princípios constitucionais. Nas palavras do Prof. Luiz Edson Fachin, “estudar o Direito Civil significa estudar esses princípios a partir da Constituição”, arrematando o talentoso Jurista da Universidade Federal do Paraná: “O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de consequência, também, no Direito Civil. Além da liberdade, constitucionalmente assegurada, e suas repercussões no direito à intimidade, trata a questão da igualdade no Direito Civil, dividindo-a em momentos básicos: igualdade como não discriminação no exercício, ou do gozo dos direitos civis; igualdade em matéria sucessória”¹¹.

Em outro trecho, aduz Fachin: “De qualquer modo, são visíveis as novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil: a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática; quanto à família — que se revela sob forma plural — coloca-se como direito vivido, e não mais como direito imposto e imaginário”¹².

Descortinou o Direito brasileiro, desde a promulgação da atual Constituição, a releitura dos institutos fundamentais do direito privado, notadamente a família, os contratos e o patrimônio. Sobre o tema, aliás, expressou o Professor Caio Mário ao ser agraciado com o título de “doutor *honoris causa*” pela Universidade de Coimbra, em meados de 1999, nas comemorações dos 500 anos do descobrimento do Brasil:

“As codificações cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos.

Assistimos entre as duas ‘grandes guerras’ a um movimento de socialização do Direito, seguido de novos ramos do Direito Privado e Público, dotados de princípios próprios, reconhecidos como ‘micro sistemas’.

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de ‘Direito Comum’. Não podemos permitir que as vaidades humanas dos codificadores ‘cristalizem’ o Direito Civil neste novo século que já se inicia.

É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos ‘princípios gerais de direito’ passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos Direitos Fundamentais.

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um ‘Direito Civil Constitucional’ reconhecido definitivamente, nos meios acadêmicos e pelos Tribunais.

Sem adentrarmos nos debates doutrinários concernentes à diferença entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, neste momento de indefinição do que é público ou privado, é preeminente que o Estado e os demais operadores de Direito assumam suas principais responsabilidades com base nos ditames constitucionais”.

Na área do direito de família, por exemplo, a Constituição de 1988:

a) reconheceu a união estável entre o homem e a mulher;

b) definiu a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes;

c) igualou homens e mulheres no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal;

d) reduziu o prazo para divórcio para um ano após a separação judicial, ou dois anos após a separação de fato;

e) impôs aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade;

f) equiparou os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibindo designações discriminatórias relativas à filiação.

Sobre esse ramo, “considerado o menos individualista dos ramos do direito privado, tantas as suas normas restritivas à autonomia da vontade”, escrevi em doutrina:

“Em sua base está a família, a mais importante de todas as instituições jurídicas, que, por sua vez, assenta os seus pilares no casamento, em seu figurino romando das *justae nuptiae*, a pressupor livre manifestação da vontade, capacidade e ausência de impedimentos dos nubentes.

Neste crepúsculo do século XX, no entanto, fortes manifestações econômicas e sociais vêm influenciando e modificando sensivelmente a moldura

tradicional da família, não sendo poucos os que apregoam a sua crise. Melhor seria dizer, todavia, que não se trata propriamente de uma crise, mas que estamos a viver um período de fecundas transformações, que ganham extraordinário relevo no plano jurídico.

Ramo algum do Direito apresenta tantas mutações, como atestam as modificações introduzidas pelo texto constitucional de 1988, que consagrou a igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos como princípios fundamentais.

Não bastassem as alterações impostas pela sociedade e pela sensibilidade coletiva, a exemplo do que se dá com a multiplicação das uniões extramatri-moniais, outras circunstâncias, decorrentes das conquistas da ciência e do avanço da tecnologia, especialmente no campo da apuração da paternidade real e da inseminação artificial, têm contribuído de forma significativa para a mudança do perfil da família e, via de consequência, do direito de família”¹³.

Em relação à propriedade, a Constituição subordinou-a à função social no título referente aos direitos e garantias fundamentais e entre os princípios gerais da atividade econômica, reiterando o princípio ao tratar da política de desenvolvimento urbano e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária. A respeito, já lecionava Caio Mário: “O bem-estar de todos sobreleva às conveniências particulares. E, para realizá-lo, arma-se o legislador de poderes amplos e afirmativos. Confrontando o direito de propriedade na sua feição romana com as concepções dia a dia ocorrentes, verifica-se que se esboça com toda nitidez uma tendência que se concretiza em doutrina atual, distanciando as noções hodiernas dos conceitos clássicos e salientando notória linha de evolução para um regime dominial invencivelmente diverso do que foi no passado”¹⁴.

Seguiram-se ao novo ordenamento constitucional, e como consequência deste, várias leis extravagantes, a prever novos critérios para o dirigismo contratual por meio do código de defesa do consumidor, a disciplinar a meação na união estável, a estabelecer regras para a tutela das crianças e adolescentes, inclusive a adoção, entre tantas outras.

6. As diretrizes na elaboração do Código de 2002

Sobre as diretrizes na elaboração do anteprojeto, escreveu Miguel Reale: “a) preservação do código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu;

b) impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código Bevilacqua, dada a sua falta de correção com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da ciência do Direito;

c) alteração geral do código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade;

d) aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres jurisconsultos, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do Código das Obrigações; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

e) firmar a orientação de somente inserir no código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil;

f) dar nova estrutura ao código, mantendo-se a parte geral — conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas — mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações;

g) não realizar, propriamente, a unificação do Direito privado, mas sim do Direito das obrigações — de resto já uma realidade operacional no País — em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 — com a consequente inclusão de mais um livro na parte especial, que, de início, se denominou Atividades Negociais, e, posteriormente, Direito de Empresa”.

7. A posição adotada pela Comissão e pelo Legislativo

Ao tratar das inovações reclamadas pelos defensores de transformações mais avançadas, escreveu o relator do projeto, Deputado Federal Ricardo Fiúza:

“Reclamam alguns da ausência de temas novos, tais como a clonagem, negócios eletrônicos, dentre outros vários que ainda não estão pacificados na doutrina, muito menos na jurisprudência dos tribunais, quando é notório que nos Códigos devem figurar apenas matérias consolidadas, sedimentadas, estratificadas na consciência jurídica nacional. Indago, por exemplo, se já existe norma em algum país do mundo ou no Brasil que regule o tratamento a ser

dado à clonagem humana. Se preferirmos um tema mais corriqueiro, podemos citar também a questão dos embriões excedentários na reprodução assistida. Imaginemos apenas, por exemplo, que um casal precise recorrer a uma clínica de reprodução assistida, e os médicos consigam extrair e fertilizar *in vitro* oito óvulos, dando origem a oito embriões. Serão provavelmente implantados na mulher apenas quatro desses embriões, e na maioria dos casos apenas um deles se viabilizará a ponto de gerar um bebê. Posteriormente o casal se separa, o marido casa e constitui outra família. Passados alguns anos, a ex-esposa resolve ter mais um filho e pretende utilizar-se dos quatro embriões excedentários existentes. O marido se opõe. Qual dos tribunais já tem jurisprudência a respeito dessa matéria, quais normas jurídicas se referem especificamente ao caso? Seguramente nenhuma, e, o pior, o Código Civil assegura os direitos do nascituro desde a concepção. A concepção é a fecundação do óvulo, pouco importando que tenha ocorrido no ventre materno ou fora dele. Aqueles quatro embriões representam quatro vidas. Que tratamento legal devem merecer? Ser jogados fora simplesmente, tendo seu desenvolvimento impedido? Existem hoje no Brasil cerca de 11.000 embriões armazenados em botijões de nitrogênio líquido, a 196° negativos. Por quantos anos deverão ser preservados? Quem é o responsável por essa despesa? A questão do destino a ser dado aos embriões excedentários abandonados pelos pais constitui um dos maiores problemas enfrentados pelas clínicas de reprodução assistida.

E a questão da maternidade biológica nos casos de barriga de aluguel? Como se definiria a filiação quando, por encomenda, óvulos são retirados de uma mulher anônima, fertilizados em laboratório com espermatozóide de um doador, também anônimo, e implantados em barriga de aluguel para “venda” a um casal infértil, desejoso de ter filhos? Quem é a mãe biológica: a que doou o óvulo ou a que alugou o útero? Como se resguardaria a esse embrião o direito de conhecer sua ascendência genética? Quem teria a guarda do nascituro? De quem se exigiria pensão? Onde estaria, no caso, o impedimento de relações incestuosas, e quais as cautelas legais para que elas não venham a ocorrer?

Será que o direito já tem essas respostas?

Vê-se, portanto, caro leitor, que não poderia o novo Código pretender tudo disciplinar. Se tivéssemos, de alguma forma, tratado desses temas que acabei de abordar, certamente o novo Código, em curtíssimo espaço de tempo, já estaria superado, em decorrência da evolução natural da ciência.

Um Código Civil, na condição de lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Tem de sair do positivismo exagerado que engessa o

direito e atrasa as transformações, para alcançar o que chamo a fase póspositivista do direito.

O excesso de positivismo, que vê no sistema legal inexauríveis soluções para todas as hipóteses da vida legal, onde a lei tudo prevê e tudo dispõe, é a maior fonte de instabilidade e precariedade das normas do direito legislado, propagando e contaminando de forma igualmente corrosiva a ordem jurídica do País de que todos temos sido testemunhas, nas últimas décadas”¹⁵.

O Ministro Moreira Alves, com a autoridade de quem participou da elaboração do projeto encaminhado ao Congresso Nacional em 1975, identificou, quando da vigência da nova lei, as diretrizes regentes do novo Código: “Essas diretrizes, fundamentalmente, foram três. Em primeiro lugar, não se deveria inovar por inovar. O Código Civil não é lei de experimentação. Nele, sem dúvida, o mais complexo dos códigos que temos, devemos colocar princípios que já tenham uma certa estratificação na doutrina e na jurisprudência. Isso quer dizer que, quando se vai procurar modernizar um código já existente, devemos manter tudo aquilo que ele ainda conserva de útil e apenas modernizá-lo no concernente àquilo que, depois dele, veio pouco a pouco se estratificando, para que integre esse sistema, que é, no fundo, a grande vantagem da codificação no mundo moderno”.

E, ao ponderar as críticas atinentes à timidez das transformações operadas no novo Código Civil, aduziu: “Há muita gente que sustenta que se deveriam incluir no novo Código Civil princípios relativos a fertilidade *in vitro*, engenharia genética, ‘barriga de aluguel’, clonagem, homossexualismo e transexualismo, isso na área biológica. Outros sustentam que deveriam ser disciplinadas relações jurídicas decorrentes da problemática resultante do uso da eletrônica através da Internet, por meio de computação, para que se disciplinassem problemas relativos a esse setor, cujo desenvolvimento é de tal ordem e de velocidade, que, ano a ano, aquilo que era a última palavra em matéria de tecnologia muitas vezes se torna obsoleto.

Como já disse, Código Civil não é lei de experimentação, mas uma sistematização daquilo que tem uma certa estratificação, para que não se modifique freqüentemente. Se fossem disciplinados todos esses problemas resultantes do avanço das ciências biológicas e do avanço da tecnologia, muito em breve o Código já estaria obsoleto ou funcionando como verdadeira legislação de experimentação. E por que se diz isso? Porque no mundo inteiro essas matérias não integram o Código Civil; são disciplinadas por legislação extravagante, que apresenta a vantagem de ser facilmente modificada, já que não integra sistemas complexos”¹⁶.

8. Da estrutura e conteúdo do Código de 2002

Em estrutura o Código continua a dividir-se em duas partes: uma, geral, e outra, especial. A primeira delas com três livros: pessoas, bens e fatos jurídicos. Na parte especial, mantiveram-se os livros do direito das obrigações, das coisas, da família e das sucessões, alterando-se a ordem.

Incluiu-se o livro do direito de empresa, a revelar a tendência de unificação do direito privado, ou melhor, do direito das obrigações. Primeiro, ao disciplinar com novo conteúdo as figuras da sociedade, do empresário, do estabelecimento, do nome empresarial, dos prepostos. Segundo, ao revogar expressamente (art. 2.045) a parte primeira do Código Comercial, de 1850.

Acrescentou, outrossim, o livro das disposições finais e transitórias, a cuidar do direito intertemporal em dezenove artigos (2.028 a 2.046), em contraponto ao único artigo (1.807) sobre o tema no Código anterior.

Em conteúdo, alteraram-se, na parte geral, algumas regras atinentes à capacidade, como a exclusão da referência aos “loucos de todo o gênero”, optando o legislador por aqueles “que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento” (art. 3º, II), e também à maioridade, reduzida para dezoito anos.

9. Apreciação crítica do Código de 2002

Ao focalizar o novo Código, logo depois da sua aprovação, escrevi:

“Após morosa tramitação, mais de um quarto de século, foi sancionado o novo Código Civil brasileiro, que terá importantes reflexos na ordem jurídica nacional e em nossa sociedade. A metáfora segundo a qual “o Código Civil de um povo é a Constituição do homem comum”, se não rigorosamente exata, espelha com fidelidade a sua importância no contexto de uma sociedade.

Editado nos albores de um novo milênio, quando tantas são as mudanças na realidade social e os avanços da ciência e da tecnologia, envelhecido em diversos aspectos como resultado de sua longa hibernação no Legislativo, não se pode deixar de creditar-lhe, todavia, muitos e louváveis méritos.

Entre os pontos a merecer aplausos está o esforço concentrado desenvolvido pelo Parlamento em sua última etapa, com a inestimável contribuição da doutrina, sendo ainda de destacar-se a intenção já externada de aproveitar-se o tempo da *vacatio legis* para introduzir no texto aprovado e sancionado, por meio de emendas retificativas, a exemplo do que ocorreu com o CPC de 1973, modificações de aprimoramento.

Outra virtude da nova lei, além de unificar o nosso Direito das Obrigações, afastando inclusive a idéia de codificar-se separadamente esse campo do Direito Privado, foi buscar compatibilizar o novo texto com a fragmentária legislação surgida no interregno que vai de 1964, data da apresentação do “anteprojeto Orlando Gomes”, até a sua aprovação em 2001, sendo de salientar-se, neste quadro, a edição de leis do porte do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tentativa de disciplinar o instituto da união estável e, principalmente, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que revolucionou o nosso Direito, além do advento da Constituição de 1988, que deu ao nosso País um novo e avançado Direito de Família.

A par dessa compatibilização, não se pode negar que o legislador brasileiro procurou também incorporar ao nosso *ius positum* as conquistas já alcançadas pela doutrina de ponta e pela jurisprudência de vanguarda e melhor quilate, a exemplo dos avanços na área das relações familiares, da acolhida à teoria da desconsideração da personalidade jurídica e da “purificação ética dos contratos”, com nítida e oxigenadora preocupação com o interesse social e a boa-fé.

O Código aprovado em 1916, e em vigência desde 1917(para não se falar no Código Comercial de 1850), individualista na essência, socialmente conservador e economicamente liberal, já não respondia às necessidades de uma sociedade complexa, dinâmica e em constante mutação evolutiva, não refletindo os anseios por uma nova disciplina jurídica.

É nesse contexto que surge o novo Código Civil, fruto dos estudos de uma Comissão Revisora criada em 1969 e presidida pelo jusfilósofo Miguel Reale, que adotou como diretrizes de trabalho:

- a — preservar, sempre que possível, o Código de 1916;
- b — não se limitar à mera revisão deste;
- c — aproveitar os trabalhos até então elaborados;
- d — unificar o Direito das Obrigações e não o Direito Privado;
- e — dar nova estrutura ao Código;
- f — somente inserir no Código matérias já consolidadas ou com elevado grau de relevância crítica, dotadas de plausível certeza e segurança;
- g — priorizar princípios essenciais e valores fundamentais da pessoa humana.

Três princípios foram confessadamente adotados pela Comissão de 1969: da socialidade, da operabilidade e da eticidade.

Pelo primeiro, busca-se fazer prevalecer os valores sociais e coletivos sobre os individuais, dando à nova codificação um perfil bem diferente do anterior, moldado para uma sociedade então predominantemente rural.

Pelo segundo, procura-se dar exeqüibilidade, realização, efetividade, enfim, às normas civis materiais, afastando o culto à forma e ao academicismo, ao fundamento de que não se deve tornar complexo o que deve ser simples e objetivo. Neste sentido, para exemplificar, o tratamento dado à distinção entre prescrição e decadência, elencados os casos daquela na parte geral e acopladas as normas da segunda aos respectivos preceitos.

Pelo princípio da eticidade, por seu turno, o novo Código dá especial ênfase a valores aos quais o Código de 1916 não deu relevo. O novo Código prioriza os valores da pessoa humana sobre o normativismo técnico-jurídico, valorizando a boa-fé, a equidade, a justa causa e outros critérios, ampliando a atuação do julgador, conferindo-lhe maior poder para realizar, no caso concreto, a solução mais justa e equitativa. Cuida-se aí, sem dúvida, do ponto mais alto do novo estatuto civil.

O legislador de 2001, por outro lado, introduziu também alterações na própria estrutura do novo Código, dividindo-o em duas partes: uma geral, onde dispõe sobre as pessoas, os bens e os fatos jurídicos; e outra, especial, a tratar, pela ordem, em cinco livros, do Direito das Obrigações(unificado), do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Em síntese, além de um sem número de inovações, muitas das quais de grande relevo para a ciência jurídica e para a sociedade brasileira dos nossos dias, e sem embargo das múltiplas deficiências que o texto contém, e que todos esperamos sejam corrigidas legislativamente ainda antes da sua entrada em vigência, certo é que estamos a ingressar em uma nova etapa do Direito Privado brasileiro, com novas regras e a correção de muitas carências acumuladas ao longo do tempo, com a renovação de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana.

Nesta moldura, na qual florescerá certamente uma nova e fecunda literatura jurídica, ao lado de teses e estudos de toda ordem, renasce a própria crença no Direito como instrumento de aperfeiçoamento da convivência social”¹⁷.

Quando da entrada em vigor do novo Código, assinalei também em sede doutrinária:

“Pode-se criticar, aqui e acolá, o novo texto e o tratamento dado a alguns dos institutos jurídicos que abriga. Não se nega que contém ele, como acen-tuam ilustres civilistas, algumas deficiências — e que lei não as tem após submeter-se ao crivo de um Legislativo numeroso e multifário? —, sobretudo

quando se recorda, no caso, da morosidade do projeto em sua tramitação no Congresso. Deficiências, diga-se de passagem, facilmente sanáveis, ao lado de alterações que se imporão até mesmo em razão de eventuais mudanças na visão política e ideológica no comando da sociedade. E para isso há instrumentos sabidamente eficientes, rápidos e eficazes à disposição.

Por outro lado, não se há também de negar que muito mais numerosas são as suas qualidades.

Além de preservar grande parte da lei anterior, dar nova estrutura ao sistema, unificar o direito das obrigações e corajosamente adotar “cláusulas abertas”, vê-se que o texto de 2002, partindo da premissa de que os códigos não devem ocupar-se de temas ainda não suficientemente amadurecidos no debate social, a exemplo do que se dá com a clonagem e as uniões homossexuais, por opção dos seus formuladores buscou somente inserir matérias “já consolidadas ou com elevado grau de relevância crítica, dotadas de plausível certeza e segurança”.

O que merece relevo maior, no entanto, é a percepção das grandes virtudes da nova lei em suas diretrizes fundamentais, que não só deram ao nosso sistema jurídico privado um perfil mais atualizado, como também se preocuparam com princípios e valores, tais como a ética, a lealdade, a boa-fé, o equilíbrio contratual, a razoabilidade, a concretude, a prevalência do interesse social sobre o individual, a justiça e a equidade na solução do conflito¹⁸.

O Código de 2002 certamente receberá alterações que poderão aprimorá-lo em diversos pontos. O que se espera, no entanto, é que as críticas, por vezes sem a necessária maturação, não venham a desfigurar, por açodamento, uma lei que representa um notável e revolucionário avanço como paradigma cultural, especialmente sob os prismas filosófico e metodológico, a enriquecer sobremaneira o direito brasileiro”¹⁹.

10. Conclusão

Ao finalizar, impõe-se afirmar que, não obstante a sua ausência nos trabalhos finais da elaboração do novo Código Civil de 2002, o Professor Caio Mário, um dos nossos maiores civilistas, senão o maior de todos, ficará na história do Direito Civil brasileiro também como um dos principais responsáveis pelo seu avanço em sua nova etapa, quer pela rica contribuição que deu à disciplina legal da unificação do direito das obrigações, quer pela contribuição de sua portentosa doutrina, quer pelas substanciosas críticas formuladas, a instigar a busca da modernidade e de novos horizontes.

NOTAS

1. *Direito civil brasileiro*, Editora Rio, 1977, § 2º, p. 15.
2. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, Prefácio.
3. *Instituições*, v. 1, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, n. 3, p. 11.
4. Caio Mário, *Instituições*, op. cit., n. 4, p. 15.
5. Caio Mário, *Instituições*, op. cit., n. 16, p. 57.
6. *Instituições*, op. cit., n. 4, p. 16.
7. *Instituições*, op. cit., n. 4, p. 16.
8. Caio Mário, *Instituições*, op. cit., n. 16, p. 57.
9. *Instituições*, op. cit., n. 16, pp. 58-59.
10. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. Revista Forense.
11. *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 301.
12. Op. cit., p. 314.
13. *Direitos de Família e do Menor*, 3. ed., Del Rey, 1992.
14. *Instituições*, v. IV, 12ª. ed., n. 298, pp. 68-69.
15. *Novo Código Civil comentado* (coord.).
16. *Alterações no Código Civil brasileiro*, Revista Anajur, fev 2003. Também, Revista Jurídica, nº 35/7, Porto Alegre, março, 2003.
17. *O Código Civil brasileiro do século XXI*.
18. *O filósofo e o revolucionário*.
19. *O filósofo e o revolucionário*