

O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro

CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA
Catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Introdução

Para conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma idéia de seu desenvolvimento histórico, das influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos. De outro modo, ter-se-á a justaposição de soluções jurídicas, sem que se defina a sua estrutura íntima. Convém, assim, examinar a posição do direito de determinado país em face dos Códigos mais influentes e, nesse caso, não haverá dúvida que a questão é a de saber em que medida o direito privado brasileiro, especialmente o Código Civil Brasileiro, sofreu influência do Código Napoleônico, ou do Código Civil Germânico, de 1900, levando-se em conta o fato de que ele foi publicado em 1916.

Conviria ressaltar que a maioria dos Códigos latino-americanos sofreu profunda influência do direito francês — e não poderia ser diversamente —, porquanto eles foram editados antes de 1900. Não se pode, porém, dizer que tenha sucedido o mesmo com o direito brasileiro. Não é, entretanto, difícil estabelecer as razões pelas quais o direito civil brasileiro manteve-se imune à influência do Código Napoleônico, ao contrário do que sucedeu com o Código Comercial de 1850, que sofreu forte influência do Código Comercial Francês de 1805. A razão principal está no fato de terem vigorado no País as Ordenações Filipinas com as suas leis complementares, que no curso do século se publicaram tendo-se na devida conta que esse corpo legislativo esteve em vigor em Portugal desde 1603 até 1867; e no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, em 1916, portanto, por mais de 300 anos.

A primeira questão — que dá originalidade ao direito civil brasileiro — é o fato de não havermos adotado ou recebido em extensa medida — pois recepção de idéias ou métodos como da Escola da Exegese sempre há de ter existido — o Código Civil Francês, tendo em vista a sua importância em confronto com a doutrina do direito comum.

Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 8 de maio de 1986, na qualidade de Professor visitante, a convite do "Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno".

A razão pode residir no fato de não haveremos tido no século XIX uma revolução como ocorreu na Itália com o *Risorgimento*, que favoreceu, decerto, a adoção de idéias do Código Civil Francês no Código de 1865. Os juristas brasileiros, anteriores à Independência do Brasil, eram todos praxistas, preocupados com a aplicação no Foro dos princípios das ordenações e suas leis complementares ou extravagantes. Com a Independência do Brasil, em 1822, ocorreu o oposto: surgiram juristas, especialmente Teixeira de Freitas. A própria Constituição de 1824, Constituição Imperial, havia determinado em seu artigo 179, n.º 18, que se organizasse “um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Para se ter uma idéia a respeito do direito atual brasileiro, seria talvez necessário dividir o trabalho em duas partes. Numa em que se expusesse a situação do direito português e brasileiro até a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, e depois os progressos que a partir daí ocorreram. Numa primeira parte, poder-se-ia examinar o desenvolvimento histórico do direito brasileiro, especialmente a sua posição em face do Código Napoleônico. Depois, seriam estabelecidos os princípios do direito privado brasileiro atual, designadamente a orientação do Projeto do Código Civil Brasileiro, no pertinente à propriedade, direito de família e direito contratual, ainda quando dele não se desenhe mais do que uma simples visão geral.

I. *O centralismo jurídico e o direito brasileiro*

A particularidade mais importante do direito civil brasileiro é o seu desenvolvimento orgânico, sem acidentes notáveis, desde o período reinícola até os nossos dias. A razão de ser para esse desenvolvimento pode ser encontrada no centralismo jurídico vigorante a partir das Ordenações Manuelinas e o direito romano que se infundiu nessa legislação e no direito subsidiário que se deveria aplicar nas suas lacunas. Por isso, uma questão é sempre importante: por que não se recebeu no Brasil o Código Civil Napoleônico, como sucedeu, por exemplo, no Código Italiano de 1865 e, em boa medida, no Código Civil Português de 1867 e em certas regiões da Alemanha antes de sua unificação? Quais as causas dessa imunidade, quando outros países de grande tradição jurídica — e a Itália mais do que qualquer outro — não puderam evitar — ou até mesmo desejaram receber, além das classificações, os princípios gerais constantes no Código Napoleônico?

No século XIX nenhum direito igualara a extraordinária influência do Código Civil Napoleônico. Para esta influência convergiram dois elementos fundamentais: a excelência mesma de seus princípios, a sua modernidade, e o prestígio cultural da França. Qual desses dois fatores terá prevalecido, será difícil dizer. Ambos parecem ter sido igualmente fortes. É ainda um capítulo aberto, em termos de recepção, o fato de a excelência de um Código se constituir no fator primordial de sua recepção; ou se o prestígio cultural — e atualmente político e econômico — das nações hegemônicas não é,

só por si, fator de transferência de suas soluções jurídicas e de sua peculiar metodologia.

A partir das Ordenações Afonsinas, Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada. A filosofia que impregnou as Ordenações a partir da primeira, as Afonsinas (1446 ou 1447), foi a de coordenar a legislação, dar-lhe a unidade, ao mesmo tempo que se manifestou a decadência do direito local e consuetudinário, mantida pelas posteriores Ordenações Manuelinas e Filipinas. O centralismo é, assim, um fenômeno antigo no direito português, não havendo lugar para a discussão a respeito da superioridade do direito costumeiro ou local, pois o direito romano não foi apenas o inspirador da legislação geral portuguesa, mas também importante fonte subsidiária (1).

No século XV, é notável a dispersão das leis; em face disso, cresceu de ponto a necessidade de se consolidarem as disposições vigentes, o que veio a suceder com as Ordenações Afonsinas. Essas Ordenações eram divididas em V Livros: e no Livro IV está toda a matéria de direito civil. Nesse livro, estão disciplinados os contratos de aforamento e arrendamento; o regime de mercadores estrangeiros; fretamento de navios; a celebração dos contratos; direitos dos cônjuges e das viúvas; a usura; contrato de trabalho; compra e venda; sucessão, incluindo os testamentos; tutela e curatela; fiança; doação; locação; parceria rural; regime de terras, e prescrição.

Este é o núcleo inicial no qual se compendiam — sem sistema, é verdade — os principais modelos que se irão manter, com modificações profundas, é certo, até nossos dias. Assim, as disposições de direito romano, colhidas nas fontes ou nas leis das Sete Partidas — lei castelhana que foi direito subsidiário antes das Ordenações —, os costumes do reino e as decisões dos Tribunais passam a constituir direito escrito e a serem aplicados normativamente.

A razão estava em que o estudo que se fazia na Universidade de Coimbra era de direito romano e canônico, e, nos corpos administrativos das Chancelarias, como sucedia em toda a Europa, encontravam-se pessoas com essa formação.

Por isso, já nas Ordenações Afonsinas a influência do Código de Justiniano não poderia deixar de ser muito grande. À sua vez, a Consolidação das regras num Código — inclusive os costumes — enfraqueceu as que não foram incluídas nas Ordenações. Em razão disso, operou-se um fato peculiar que terá enormes conseqüências no futuro: o centralismo jurídico português que se instaura ao tempo dos descobrimentos, e que as caravelas civilizadoras levaram consigo para os mais diversos pontos do mundo. Mas, ainda assim, essas Ordenações, embora constituíssem direito pátrio em vigor, não eram estudadas na Universidade de Coimbra, até que sobreviesse, com

(1) Ver ALMEIDA COSTA, *Apontamentos para a História do Direito*, Lisboa, 1979, pp. 473, 485.

o Iluminismo, a reforma do Marquês de Pombal da Universidade de Coimbra, em 1772.

Houve prevalência absoluta do raciocínio segundo o direito romano, que era, aliás, juntamente com o direito canônico, direito subsidiário, isto é, o conjunto de regras aplicáveis quando a espécie não estivesse prevista nas aludidas Ordenações. É curioso observar que, em Portugal, houve, na Idade Média, decerto um regime senhorial, mas não a prática de contratos feudo-vassálicos, razão por que muitos autores negam a existência do feudalismo⁽²⁾. Em razão desse centralismo, não obteve sucesso o que WALTER ULLMANN denomina de “ascending conception of government and law”, em que o direito se concentra no próprio povo, resultando desse fato a responsabilidade dos órgãos que o exercem, como seus delegados. A outra concepção é a de o poder promanar do rei, não tendo o povo nenhuma participação relevante — “descending conception of government or law”⁽³⁾. No direito português, prevaleceu a tese descendente, a partir das Ordenações Afonsinas, ao contrário do que sucedeu no direito inglês, em que o fundamental era “La Ley de la Tierra”, em cuja feitura participavam o rei, os nobres, o clero, toda a comunidade do reino. Dessa diferença notável, resultaram conseqüências importantes no Estado do direito (os *Inns of Court* do direito inglês) e, em Portugal, a manutenção por largo espaço de tempo do direito romano e canônico; e deram lugar às concepções sistemáticas que viriam séculos após.

No sentido de manter íntegro o sistema de Ordenações, as lacunas eram preenchidas pela aplicação do direito romano e canônico e, no que fossem omissos, pelas glosas de Acursio e Bártolo, salvo se fossem contrárias à “*communis opinio doctorum*”.

Por isso, afirma GUILHERME BRAGA DA CRUZ que “a atribuição de valor normativo em Portugal à Glosa Magna de Acursio e às opiniões de Bártolo, a título de direito subsidiário — e que vai durar até o século XVIII, 1769 —, representa, que saibamos, um caso singular no quadro dos direitos europeus. Apenas em Itália há notícias de a glosa de Acursio, mas não a obra de Bártolo, ter sido mandada aplicar subsidiariamente pelos

(2) Ver MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, pp. 149-176, Lisboa/São Paulo, 1981. Nunca houve, no direito português, por exemplo, algo semelhante à Magna Carta, em que é evidente a característica feudal do pacto, porquanto o rei se obriga em face dos barões e enfraquece, com isso, o Poder Real (WALTER ULLMANN, *Government and Politics in the Middle Ages*, London, 1966, p. 171).

(3) WALTER ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, cit., pp. 20 e segs. O direito público português conheceu a “Curia Regis” ou as Cortes como passaram a ser denominadas. Embora fossem relevantes as suas funções no curso dos tempos (ver especialmente MARCELLO CAETANO, *Subsídios para a História das Cortes Portuguesas*, Lisboa, 1961; *História do Direito Português*, cit. pp. 475-480, em que se enumeram as emendas das reuniões das Cortes, no reinado de D. João I e D. João II, de 1387 a 1490), não tinham elas a mesma função legislativa do Parlamento inglês.

Estatutos da cidade de Verona" (4). Essa disposição proveio da Carta Régia de 18 de abril de 1426, anterior ainda às Ordenações Afonsinas, que D. João I dirigiu ao Conselho de Lisboa.

A afirmação serve para demonstrar que o apreço pelos textos do direito romano foi sempre uma característica do direito português e depois do direito brasileiro, ao ponto de determinar-se, de modo normativo, a sua aplicação, sempre mais importante e ampla, tendo em vista que as Ordenações, inclusive as Ordenações Filipinas, continham inumeráveis lacunas. É certo que a partir de 1769, com a Lei da Boa Razão, foram suprimidas as aplicações subsidiárias de Acurcio e Bártolo, e só foram aplicadas as soluções do direito romano conformes com a boa razão. O direito subsidiário, que não deixou de existir, em razão de as disposições do Livro IV, das Ordenações, que regulavam o direito privado, possuírem muitas lacunas, passa a consistir primeiro na utilização freqüente dos autores do "usus modernus pandectarum": STRUVE, STRYK, BÖHMER LEYSTR e HEINECIUS (5); e, depois, na aplicação do direito estrangeiro, no século XIX, especialmente do Código Civil Francês e o Código Geral da Prússia. Ainda quando não se tenha feito um exame da prevalência dos Códigos estrangeiros, em época anterior à edição do Código Civil de 1867, não parece desarrazoado pensar que a primazia deve ter competido ao Código Civil Francês, embora se deva admitir a importância do Código Geral Prussiano. Para isso colaborou a circunstância enfatizada por muitos de ser o Código Napoleônico o código da burguesia que recolhe certas exigências da Revolução que não eram diversas do *Tiers État*, especialmente a da igualdade de todos perante a lei, podendo concluir-se, sem dificuldade, que o Código Civil é o representante mais genuíno do espírito francês, penetrando nos costumes, na sua vida cultural e literária. Há, por igual, outra particularidade: o Código Civil Português é de 1867 e nele não se vislumbra a influência dos autores do direito comum mais recente, como SAVIGNY. A reforma do direito português com a supressão do método da exegese e o exame da doutrina mais moderna européia, especialmente a germânica e a italiana, começa bem mais tarde, na viragem do século XIX, com GUILHERME ALVES MOREIRA (6).

(4) GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Coimbra, 1975, p. 221, nota 56; NUNO SPINOZA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, sd, pp. 341 e segs.; ALMEIDA COSTA, "La Présence d'Acurse dans l'histoire du Droit Portugais", in: *Atti del Congresso Internazionale di Studi Acurciani*, vol. 2, Milano, 1968, pp. 1055-1066; PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, § 4.º, Rio de Janeiro, 1981, pp. 34-41; e *Das Zivilgesetzbuch und die Soziale Entwicklung, Entstehung und Einheit Brasillens*, in: KARL HEINSHEIMER, *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, vl. III, Manheim, Berlin, Leipzig, 1928, pp. 20-38.

(5) Ver, por último, MARIO REIS MARQUES, in: *Elementos para uma aproximação do "Usus Modernus Pandectarum"*, in: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. LVIII, p. 813.

(6) NUNO SPINOZA GOMES DA SILVA, *A Ciência do Direito no último século em Portugal*, in: ROTONDI, *Inchieste de Diritto comparato*, 1972, pp. 547/566.

Com a Independência do Brasil, em 1822, não se instituiu a República; manteve-se a monarquia, e o Patriarca da Independência, José Bonifácio de Andrada e Silva, era licenciado pela Universidade de Coimbra, na Faculdade de Leis e na de Filosofia, onde se cultivavam as ciências naturais, tornando-se inclusive um mineralogista ilustre nos fins do século XVIII, e não tinha nenhuma simpatia pela Revolução Francesa e, decerto, pelo seu Código Civil.

Mesmo que o Código Civil Francês haja tido uma influência sem paralelo, porquanto, como salienta HATTENAUER, os seus colaboradores trabalharam com espírito de missão, uma vez que o Código deveria servir ao mundo todo, conferindo a todos os homens a igualdade e a liberdade no campo do direito civil⁽⁷⁾, ainda assim, muitos juristas preferiram, ao invés da recepção de idéias do Código Napoleônico, a adoção como Código do "System des heutigen römischen Rechts" de SAVIGNY. Para isso, basta lembrar FEDERICO DEL ROSSO, professor da Universidade de Pisa, que afirmou não haver necessidade de nenhum outro Código; o "Sistema", de SAVIGNY seria o verdadeiro Código: "Ecco il vero Codice"⁽⁸⁾. Nesse grupo de juristas conservadores, sem os excessos de FEDERICO DEL ROSSO, deve-se incluir TEIXEIRA DE FREITAS⁽⁹⁾, um grande espírito sistemático, que, como advogado, teve de voltar-se, desde cedo, para a prática do direito; e, por esse motivo, pôde com segurança publicar em 1857 a sua monumental *Consolidação das Leis Civis*, e mais tarde o *Esboço de Código Civil Brasileiro*, que se começa a publicar em 1860.

Sem muita demora, TEIXEIRA DE FREITAS tomou conta da cena jurídica brasileira, e com ele ganham corpo muitas idéias inspiradas em SAVIGNY. Nesse ponto, o direito brasileiro separou-se, em verdade, do de Portugal, combinando novas influências, sendo a mais importante delas a de SAVIGNY, decerto o maior jurista do século XIX. Vale registrar que a teoria da posse de SAVIGNY foi por ele adotada, conforme diz TEIXEIRA DE FREITAS em sua *Consolidação das Leis Civis*, e, mais tarde, quando realiza o *Esboço*, é visível essa sua influência nos modelos que ele faz incluir em sua Parte Geral. Porém, houve setores em que concepções do direito

(7) *Die geistgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts zwischen Hierarchie und Demokratie*, Heidelberg, 1980, n.º 162. trad. espanhola de Macías Picavea, Madrid, 1933, pp. 81 e segs.

(8) Ver FILIPPO RANIERI, Savigny e il Dibattito Italiano sulla Codificazione nell'Età del Risorgimento, in: *Quaderni Fiorentini*, vol. 9, 1980, p. 365; sobre FEDERICO DEL ROSSO, ver PAOLO GROSSI, Tradizioni e Modelli nella Sistemizzazione Post-Unitaria della Proprietà, in: *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 215.

(9) Pode parecer paradoxal, mas a influência de SAVIGNY não levou TEIXEIRA DE FREITAS a recusar a idéia de codificação, como sucedeu com muitos, especialmente com FEDERICO DEL ROSSO. Ao contrário, TEIXEIRA DE FREITAS em seu *Esboço de Código Civil* adotou conceitos de SAVIGNY, representativos do direito romano, do "heutiges römisches Recht"; isto deve ter resultado do fato de Portugal estar vivendo por longo espaço de tempo sob uma codificação, as Ordenações.

francês ingressaram no direito civil. Em sua *Consolidação das Leis Civis*, um verdadeiro código em sua aplicação, TEIXEIRA DE FREITAS traz à colação a orientação do Código Comercial Brasileiro de 1850 que não foi imune às idéias do direito privado francês. Dos seus estudos resultaram duas idéias extremamente importantes para TEIXEIRA DE FREITAS, e que vão levá-lo à celebridade.

A primeira, a da necessária inclusão num Código de uma Parte Geral em que os conceitos de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, fossem claramente disciplinados, como depois se veio a fazer no Código Civil Alemão. A outra foi a da unificação das obrigações civis e comerciais. Estas duas idéias sistemáticas tiveram uma repercussão na história recente do direito brasileiro e, de certo modo, inauguram um debate que perdura até nossos dias. É oportuno lembrar que a aludida unificação se operou no Código Suíço das Obrigações, de 1912, e no Código Italiano de 1942. O Código Civil Brasileiro, obra de CLÓVIS BEVILÁQUA, contém uma parte geral, mas o direito das obrigações civis e comerciais permanece separado. A influência do direito germânico cresce no direito brasileiro com a orientação que lhe deu TOBIAS BARRETO, orientação conhecida sob a denominação de Escola de Recife⁽¹⁰⁾. O Código Civil Brasileiro recebe em grande medida estas novas idéias, pois o seu autor era um dos corifeus dessa orientação cultural.

O Projeto de Clóvis Beviláqua, de que resultou o Código Civil Brasileiro, é uma obra de cunho doutrinário, de um professor de direito, regente da Cadeira de Legislação Estrangeira, como então se denominava o direito comparado. Nele, mesclam-se muitas influências, não só jurídicas, como filosóficas.

Não fazia muito, em 1889, um movimento revolucionário extinguiu a monarquia e instaurara a República. A filosofia dominante na República era o positivismo de AUGUSTO COMTE, decorrendo daí a separação da Igreja e do Estado, que passa assim a legislar a respeito da família e do casamento, o que veio a suceder com a Lei n.º 180, de 1891, exarando princípios, que vieram a integrar o Livro do Direito de Família no Código Civil Brasileiro.

A influência positivista era dominante, não havendo sinais de nenhuma orientação marxista, sendo interessante anotar que, em muitos países, especialmente na Europa Central, o positivismo foi uma vigorosa barreira ao desenvolvimento das idéias marxistas⁽¹¹⁾.

(10) Sobre a influência da Escola de Recife, ver por último, MARIO LOSANO, que escreveu um excelente estudo: "La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul Diritto Brasiliano" in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Raccolto de Giovanni Tarello, IV, Bologna, 1974, pp. 323-415.

(11) Ver LUCJAN BLIT, *The Origins of Polish Socialism*, Cambridge, 1971: a condenação do marxismo provinha do fato de ser contrário "to the scientific laws governing the economic and social life of modern nations".

Se examinarmos os institutos básicos do Código Civil Brasileiro de 1916, veremos que ele é um dos melhores Códigos do século XIX, ainda quando publicado no século XX.

As noções de propriedade, família e contratos são ainda as da última fase do direito comum, pois o Código Civil Germânico publicado em 1900 não foi considerado durante o período de tramitação do Código Civil, e poderia ter sido, pois ele somente foi publicado em 1916.

As restrições ao direito de propriedade, as concepções mais modernas a respeito da família e dos contratos não eram ainda conhecidas, porquanto talvez não houvessem elas ainda sido adotadas em termos legislativos, o que veio a suceder, em geral, após 1918. A família era eminentemente patriarcal; o divórcio não era admitido, não tanto por influência da Igreja Católica, mas sobretudo por força das idéias de AUGUSTO COMTE. A propriedade era compreendida segundo a tradição liberal, e as poucas restrições que dela decorriam provinham do direito de vizinhança. O direito contratual tinha sua fonte na autonomia da vontade, não se levando em conta o aparecimento dos denominados "contratos de adesão", como os denominou RAYMOND SALEILLES, ao verificar que a autonomia concreta das partes havia diminuído extraordinariamente por força da desproporção do poder de discutir as cláusulas contratuais existentes entre as partes. Também a doutrina da cláusula "*rebus sic stantibus*" não fora adotada, e o meio econômico não a poderia exigir. Numa economia agrária, com moeda estável, não haveria por que sugerir-se a adoção dessa cláusula, vigorante apenas em épocas de crise.

A responsabilidade civil era, salvo raras exceções que provêm do direito romano, fundada na culpa. Estava-se, ainda, no início do século e nem se pensava na responsabilidade fundada no risco. Entretanto, na Prússia, uma legislação de 3-11-1838 (§ 25) cuidou de casos em que a responsabilidade por risco poderia ter maior abrangência, especialmente com o desenvolvimento das vias férreas⁽¹²⁾. Em 1912, foi editado o Decreto-Lei n.º 2.681, que instituiu, entre nós, a responsabilidade objetiva para esse tipo de transporte. Considerada, apenas, um "topos", localizado em setor específico, essa nova situação não foi considerada no Código Civil, que a ela não referiu.

Em suma, o centralismo jurídico teria de levar indesejavelmente à idéia do Código, no seu sentido tradicional e positivista, como algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um País. Em razão dessa situação peculiar foi possível manter, num País com as dimensões do Brasil, uma uniformidade de aplicação do direito desde a época do descobrimento até nossos dias.

E o direito positivo foi, na generalidade dos casos, aplicado às mais diversas regiões e etnias, sem que houvesse necessidade de recorrer-se ao

(12) Ver MICHAEL R. WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, München, 1980, pp. 2 e segs.

denominado "group rights", como sucedeu em algumas nações, talvez porque na colonização portuguesa a miscigenação foi elemento civilizatório de elevada importância.

Há autores que sustentam que, sem as instituições específicas do feudalismo inglês, não se poderia compreender nem o seu sistema constitucional, nem a Constituição americana (13), pois seriam decorrências da "ascending conception of government and law". O certo é que a aplicação de cada princípio produz conseqüências diversas, atendendo às situações peculiares em que ele se insere.

O "centralismo jurídico" levou à Codificação e à unidade nacional. É difícil saber o que teria acontecido com a aplicação simultânea da "ascending conception of government and law"; como se teria obtido um equilíbrio na aplicação de princípios tão divergentes, no curso de nossa história, que é, em grande medida, a história de Portugal?

É preciso considerar que desde cedo no direito inglês se constituiu um "estamento de juristas" que se tornou depositário do direito, sem o que não se teria operado o desenvolvimento orgânico da "common law".

Por fim, o direito subsidiário, no longo espaço de tempo em que foi praticado especialmente a partir da Lei da Boa Razão, fez com que muitos juristas observassem, com interesse, as idéias dos juristas e das legislações estrangeiras, porquanto a solução do caso dependia da "descoberta" da opinião do autor que, em face do caso concreto, representasse a "Recta Ratio". A "Boa Razão" consistia, principalmente, segundo o § 9.º da Lei de 18 de agosto de 1769, "nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os direitos romano e natural formalizaram (...).

Guardadas as proporções, eram esses princípios, como se vê, uma "cláusula geral" permitindo que a jurisprudência agisse com maior liberdade.

(13) SIDNEY PAINTER, *Feudalism and Liberty*, Baltimore, 1961, p. 253; WALTER ULLMANN, *Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, 1966, p. 68. É uma curiosidade a verificação de que, instaurada a República no Brasil, foi, pouco depois, promulgada a Constituição Republicana de 1891, que "recebeu", em grande medida, princípios da Constituição americana de 1787. Entre esses princípios, "modelo interno", estavam o federalismo, a separação de poderes e o controle constitucional das leis e atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Ocorreu, porém, que prevaleceu na redação desses princípios, na construção de seu "modelo externo", uma técnica analítica — pode-se dizer romanística —, e não a forma sintética da Constituição americana. Na aplicação pendeu-se para o modo interpretativo peculiar ao direito privado, em que a norma se constitui como limite à função-hermenêutica, sob pena de infringir-se o princípio da separação dos poderes, e não o seu início. Aplicou-se, assim, a Constituição com as técnicas hermenêuticas do direito privado (ver CLOVIS DO COUTO E SILVA, *As Idéias da Constituição de 1891*, in: *Revista de Direito Público*, vol. 55, 1980, pp. 54-60). Em conseqüência, não foi o direito civil absorvido pelas técnicas interpretativas do direito constitucional americano; mas o direito público foi aplicado segundo técnicas do direito privado, fruto da grande "vis atractiva" desse setor do direito.

Ficou, de tudo, o gosto — maior talvez em Portugal que no Brasil e ainda em pleno vigor em nossos dias — em argumentar com as opiniões de autores e textos estrangeiros em confronto e complementação do direito nacional.

Esse intercâmbio de idéias pode ser considerado como uma permanente recepção do direito estrangeiro, com o que se supera o fatal imobilismo dos códigos.

II. *A descentralização jurídica e a idéia de Código*

O aspecto característico do direito privado atual reside na progressiva edição de leis especiais, não raro contendo regras de direito material e processual. Por isso, conviria examinar o que sucedeu no direito brasileiro após a edição do Código Civil de 1916, no pertinente ao direito de propriedade, ao direito de família e ao direito contratual, indicando as principais modificações. Elas põem novamente em discussão a idéia de Código, como o universo das normas em vigor em determinado momento. Assim, apenas havia sido publicado o Código Civil Brasileiro quando foi editada a Constituição de Weimar que, em seu art. 153, entre outras regras, exarou um princípio que se iria tornar célebre “*Eigentum verpflichtet*”, a propriedade obriga. Não foi fácil estabelecer o seu significado. Por um lado, porque o direito constitucional e o direito civil eram considerados territórios autônomos, incomunicáveis, consequência natural da separação nítida entre o Estado e a sociedade, própria à concepção liberal então dominante; por outro, porque vigorava uma neutralidade valorativa que definia o direito privado.

Em obras notáveis, PAOLO GROSSI tem analisado as concepções da propriedade, no direito medieval e moderno. Numa polémica com SCOZZAFAVA a respeito das concepções de POTHIER sobre a propriedade, e a questão da propriedade em sentido moderno, adverte PAOLO GROSSI: “A propriedade tinha conteúdos diversos, segundo a finalidade dos bens: com relação às coisas imóveis, a propriedade de um bem alodial e de uma “*tenure*” são realidades bem diversificadas; e no interior desta última não estão, decerto, no mesmo plano, a propriedade do vassalo, do *censitaire*, do *champartier*. A unidade jurídica é, em 1771, algo que ainda pertence ao futuro, e será a Revolução que a realizará, transformando tudo em bem alodial, reduzindo tudo à propriedade alodial”⁽¹⁴⁾.

Denomina-se essa unidade jurídica de neutralidade valorativa, fruto da excessiva generalização e da perda do conteúdo empírico da noção de propriedade. E assim perdurou, por dilatado espaço de tempo, durante todo o século XIX, até que o conceito de propriedade se vinculou a valores que começaram a ser inscritos nas Constituições, conferindo-lhe um forte sentido social.

(14) PAOLO GROSSI, *Un paradiso per Pothier, Quaderni Fiorentini*, vol. 14, Milano, 1985, p. 439.

Quando o art. 153 da aludida Constituição de Weimar exarou o princípio de que “a propriedade obriga”, dando expressão a uma idéia ainda informe, mas vigorante no mundo social, MARTIN WOLFF assinalou que se tratava de um princípio tradicional do direito germânico⁽¹⁵⁾. Este princípio deveria servir como uma diretiva para adequar as decisões às necessidades dos novos tempos. Em suma, segundo MARTIN WOLFF, “do aludido princípio resultaria para todo e qualquer direito subjetivo, e não apenas para o de propriedade, uma dupla obrigação para o seu titular: o dever de exercer o direito se for de interesse público que ele seja exercido e não fique paralisado; e o dever de exercer o direito de uma forma que satisfaça ao aludido interesse público”.

Acresce ainda que, conforme MARTIN WOLFF, o princípio “a propriedade obriga” tem ainda o significado de que o “patrimônio obriga”, para concluir que nesta última fórmula vive, concomitantemente, uma fração do postulado revolucionário da Fraternidade.

Assim, a concepção moderna de propriedade toma uma outra conotação, e a diversidade dos objetos sobre os quais ela recai passa a exigir uma regulamentação que lhe seja própria, de tudo resultando vários tipos de propriedade. A grande modificação que se operou no direito brasileiro se relacionou, como na maioria dos países, com a propriedade agrária e urbana⁽¹⁶⁾, em última análise, com a reforma agrária e urbana.

A concepção social da propriedade teve acolhida legislativa nas Constituições de quase todos os países e, no Brasil, a Constituição de 1934 (art. 113, n.º 17) inicia essa orientação, sendo que a Constituição de 1946 (art. 141, § 16) amplia essa posição permitindo a desapropriação não só por necessidade ou utilidade pública, mas também por interesse social. Essa mesma orientação, com maior amplitude, foi acolhida pela Constituição de 1967 (art. 157, inc. III e § 1.º); e pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (arts. 160, inc. III e 161). As disposições constitucionais, de natureza ampla, têm sido consideradas, no geral, como regras programá-

(15) MARTIN WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in: *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, p. 8. Mas há autores, como WERNER V. SIMSON (*Das Eigentum Jenseits von Martin Wolff*, in: *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, pp. 241-254), que consideram a posição de MARTIN WOLFF demasiadamente positivista, porque, no fundo, estaria ainda vinculada ao conceito de coisa, conforme a definição do BGB (§§ 903 e 905). Pretendem alguns autores que, ao modelo da “common law”, a tutela da propriedade deveria abranger todos os interesses e expectativas legítimas, como sucede, em grande medida, com a tutela constitucional da propriedade, que não se restringe ao conceito de propriedade conforme o direito civil. Será, porém, difícil considerar como propriedade, em termos de direito civil, todas as espécies de “property rights”, atendendo à peculiar estrutura do direito de propriedade no campo do direito privado, e não apenas a sua eficácia (Ver W. FRIDMANN, *Law in a Changing Society*, Berkeley, 1959, pp. 66 e segs.).

(16) O problema aparece com intensidade semelhante em todos os países. Ver LUDWIG RAISER, *Das Eigentum in deutschen Rechtsdenken seit 1945*, in: *Quaderni Fiorentini*, vols. 5-6, Milano, 1976-1977, especialmente pp. 763 e segs.

ticas, tanto vale dizer, em geral não são elas auto-executáveis (*self executing*). Por isso, a concretização dessa disposição geral a respeito da função social da propriedade dependerá sempre de lei ordinária que venha determinar as espécies de restrições ao direito de propriedade.

A questão da reforma agrária se prende, no Brasil, ao fato do excessivo fracionamento de propriedade rural em certas regiões ao mesmo tempo que, em outras, há enormes regiões praticamente inaproveitadas, os latifúndios. O direito das sucessões brasileiro não conheceu o direito de primogenitura (*Anerbenrecht*), nem também o sistema em que a propriedade é atribuída ao filho mais jovem, que, em algumas regiões, permanecia com seus pais.

A propriedade rural e a urbana obedeciam ao sistema geral do direito das sucessões com a divisão entre os herdeiros, não tendo o direito de primogenitura grande importância na sucessão legítima no sistema das Ordenações⁽¹⁷⁾. Por outro lado, muitas vezes foram ocupadas terras por pessoas que não possuíam nenhum título, e o problema ganhou tamanhas proporções que a Lei n.º 601, de 1850, veio a regular a matéria. Durante longo espaço de tempo, a questão das terras e dos seus ocupantes ficou regulada apenas pelo Código Civil, que não tinha nenhum dispositivo relevante no particular, e pela aludida Lei n.º 601, de 1850, tendo, afinal, sido editado o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.054, de 30 de novembro de 1964).

O Estatuto da Terra consagrou o módulo rural⁽¹⁸⁾, ou seja, a dimensão mínima em que o imóvel rural pode ser fracionado. Surgiram, contudo, questões a respeito da aplicação do módulo porquanto, como se poderia resolver o conflito, quando nas sucessões os herdeiros não podem dividir, faticamente, a propriedade? Configura-se um condomínio, sem possibilidade de divisão, não restando outra solução senão a de que um dos condôminos venha a adquirir a propriedade do outro para, por esse modo, extinguir a indivisão.

Observa PAOLA PORRÙ⁽¹⁹⁾ que o módulo rural do direito brasileiro coincide com as disposições dos arts. 846 e 847 do Código Civil Italiano, no qual se exaram regras a respeito da "minima unità colturale", que impede o fracionamento dos imóveis rurais. E define o módulo rural como "l'estensione di terreno necessaria e sufficiente per il lavoro di una famiglia agricola".

Para a extinção dos latifúndios, previu-se a desapropriação por necessidade social⁽²⁰⁾, dando-se eficácia concreta às disposições do art. 147 da

(17) Ver GALVAO TELLES, *Apontamentos para a História do Direito das Sucessões de Portugal*, Lisboa, 1963, p. 185.

(18) Lei n.º 4.054, art. 65.

(19) *Analisi Storico-Giuridica della Proprietà Fondiaria in Brasile*, Milano, 1983, p. 124.

(20) Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962.

então Constituição Federal de 1946, que facultou, pela primeira vez entre nós, esse tipo de desapropriação.

Uma outra técnica destinada a dar valor concreto à concepção social de propriedade está em reduzir os prazos de usucapião para os que tornarem a terra produtiva. Esta forma de colonização é das mais antigas, e peculiar a uma situação em que haja abundância de terras não cultivadas. É curioso observar que na "Lex Baiuvarorum" (Título 17, c. 25) se denomina a posse, de que resulta a propriedade, de "opera".

Essa mesma idéia permaneceu através dos séculos e inspirou as várias espécies de usucapião rural.

Muitas vezes idéias relativas à usucapião aparecem mescladas com elementos próprios à especificação. O trabalho humano, mesmo em matéria imobiliária, teria a virtude de produzir uma "species nova", resultando daí um tipo peculiar de especificação.

No direito brasileiro, a utilização da usucapião de terras, para fins de reforma agrária, abreviando-se o prazo para aqueles que a tornaram produtiva ou nela estabeleceram a sua morada, vem da Constituição de 1946 (21).

O prazo para aquisição, segundo o Estatuto da Terra, era de 10 anos. A recente Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981, reduziu o prazo para 5 anos e adotou regras constantes no Projeto do Código Civil, especialmente a do art. 1.240, segundo o qual: "Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir, como seu, contínua e incontestavelmente, por 5 anos consecutivos, imóvel considerado por lei suficiente para assegurar-lhe a subsistência e a de sua família, nele tendo a sua morada, adquirirá o domínio, independentemente de justo título e boa fé."

Essa orientação já vinha desde as primeiras leituras do Projeto do Código Civil e acabou por cristalizar-se na Lei n.º 6.969, de 1981.

O conceito de propriedade tem sido, entretanto, objeto de outras modificações substanciais especialmente quanto ao direito de vizinhança. O direito de vizinhança, segundo o Código Civil, conferia uma tutela restrita às propriedades vizinhas (22). O desenvolvimento de técnicas modernas passou a exigir uma proteção maior, que não se restringisse a simples imissões de prédios contíguos mas que viesse a atingir valores ou interesses que nem sempre se subjetivam em determinadas pessoas. Sob esse aspecto, o direito brasileiro recentemente regulamentou a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico (23).

(21) Art. 156, § 3.º; Estatuto da Terra, art. 98.

(22) Arts. 554 e segs.

(23) Lei n.º 7.437, de 22 de julho de 1985, art. 1.º.

Como nem sempre é possível estabelecer-se uma legitimação concreta nesses casos, admitiu-se que, além do Ministério Público e entidades de direito público, certas entidades privadas poderiam representar os interessados e as indenizações daí resultantes passariam a formar parte de um fundo (24).

Em suma, a aplicação da concepção social de propriedade, em suas linhas mais simples, se veio a alargar, por um lado, as hipóteses de desapropriação, especialmente a desapropriação para fins de reforma agrária, por outro, reduziu o prazo de usucapião de bens rurais para 5 anos, desde que neles os interessados tivessem suas moradas e houvessem tornado produtiva a área de terras. Procurou-se estender também essa proteção aos danos à ecologia, tutelando-se os interesses difusos, através da legitimação de entidades criadas para essa finalidade.

No direito de família, as modificações foram profundas. Ao tempo do Código Civil, a família era extremamente patriarcal e o problema da emancipação feminina e o da igualdade dos cônjuges no casamento se foram propondo progressivamente em nosso meio.

Não são muitos os textos legislativos que consagraram essa progressiva modificação. Entre as disposições do Código Civil, incluía-se o princípio da incapacidade relativa da mulher casada, mantida por largo espaço de tempo até a edição da Lei n.º 4.121, em 1962. Essa foi a primeira reforma do direito de família; através dela extinguiu-se a incapacidade relativa da mulher casada e procurou-se conferir a ambos os cônjuges, no plano patrimonial, uma relativa igualdade. Essa situação não era, entretanto, suficiente. O direito brasileiro caracterizou-se até a Emenda Constitucional n.º 9, de 21 de junho de 1977, por não admitir o divórcio. Admitia-se, apenas, a separação, ficando impedidos os cônjuges de realizar novo casamento. Essa era a situação enquanto se discutia o Projeto do Código Civil; e não havia como alterá-la. Entretanto, com a modificação do texto constitucional, sobreveio a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e o seu respectivo processo. Cuida-se de uma lei mista, regulando não só os aspectos de direito material como também os de direito processual pertinentes.

Não se conclua que a Lei n.º 6.515, de 1977, disciplina apenas aspectos relativos ao divórcio, pois trata, por igual, da proteção da pessoa dos filhos, do uso do nome e dos alimentos, constituindo-se numa pequena reforma de todo o direito de família. Pode-se afirmar que essa lei se inspirou bastante em princípios já existentes no Projeto do Código Civil, ainda quando se deva levar em conta que nele não se previu o divórcio, mesmo porque, à época, vigorava a proibição constitucional.

A Lei n.º 6.515, de 1977, que introduziu pela primeira vez o divórcio em nosso país, combinou o princípio do desfazimento da sociedade conjugal por culpa com hipóteses de dissolução sem culpa. Não temos,

(24) Arts. 5.º e 13.

portanto, o chamado "divorce-faillite", "divórcio-falência" na totalidade dos casos. A regra entre nós é de que o autor da ação de separação deve imputar a outro cônjuge a prática de "conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento ou torne insuportável a vida em comum" (25). Foram previstos dois casos em que não há necessidade de imputação de alguns dos fatos anteriormente mencionados; e isso pode suceder quando houver ocorrido o que se denomina de "ruptura da vida em comum" por mais de 5 anos consecutivos e decorrendo, desse fato, a impossibilidade de sua reconstituição (26). Outra hipótese que pode ser fundamento para o pedido de separação judicial que antecede obrigatoriamente o divórcio é o "de grave doença mental, manifestada após o casamento, e que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que após uma duração de 5 anos a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável" (27).

Na discussão do Projeto do Código Civil no Senado Federal, houve quem propusesse a existência de um único tipo de divórcio, o divórcio-falência, excluindo-se o divórcio com base na culpa, como é ainda a regra básica do Projeto do Código Civil e da Lei n.º 6.515, de 1977, a Lei do Divórcio. Todavia, não me parece que no Brasil, ainda hoje, seja possível a aplicação do divórcio-falência em todos os casos, pois ele supõe um tipo de família diverso do existente em nosso país. Acresce a particularidade de o Brasil possuir diversas realidades, não sendo matéria fácil estabelecer uma uniformidade de regramentos para os cônjuges, excluindo, por completo, a culpa nas hipóteses de dissolução do casamento.

Longe estava ainda de resolver o problema da família, porquanto ainda que a Lei n.º 6.515, de 1977, tivesse igualado os filhos legítimos aos ilegítimos, para efeitos patrimoniais, como veio a fazê-lo em texto expresso, não se tinha ainda disposto, com amplitude, sobre o princípio da igualdade. Este princípio da igualdade veio a ser consagrado no Projeto do Código Civil.

A progressão do princípio da igualdade, no Brasil, apresenta características curiosas. Após a Lei n.º 4.121, de 1962, houve como que uma paralisação, que durou largo espaço de tempo, pois nem mesmo a Lei do Divórcio, Lei n.º 6.515, de 1977, conseguiu nivelar os cônjuges no casamento.

O Projeto do Código Civil, entretanto, procura aplicá-lo em sua totalidade, apesar de adotar, como regime-regra, o regime da comunhão parcial, em que não é fácil a realização desse princípio. Para isso, o regime da participação final nos aqüestos, adotado como supletivo no Projeto do Código Civil, poderia ser uma solução melhor, uma vez que, nesse sistema, durante o casamento, os bens são considerados como separados para se comunicarem ao tempo de sua dissolução.

(25) Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 5.º

(26) Art. 5.º, § 1.º

(27) Art. 5.º, § 2.º

Um dos institutos mais importantes é o da adoção. Há algum tempo o direito brasileiro consagrou a legitimação adotiva para os menores abandonados. E o Código de Menores consagrou a chamada adoção plena. (28).

Cuida-se agora de saber se seria o caso de incluir-se, no Projeto do Código Civil, um tipo de adoção sem possibilidade de rescisão da sentença que o constituiu. Ainda quando se tenha de admitir a adoção plena como uma necessidade em nossos dias, ainda assim a questão é extremamente delicada merecendo ser acolhidas hipóteses de rescisão da sentença que constitui a adoção. Admitir-se, como querem muitos, que essa sentença seja imune a qualquer rescisão, ou que consagre apenas algumas hipóteses de rescisão, que raramente ocorrem, acabaria até mesmo por violar direitos do adotado, especialmente o direito de investigar sua paternidade, que se configura como direito de personalidade. Tendo em vista o risco que disso decorre para as crianças adotadas, é necessário que se estabeleçam, ainda que contra a orientação da maioria das legislações modernas, hipóteses mais amplas em que essa revisão seja possível, sob pena de se criar gravíssimo risco para os adotados.

Há, por fim, um instituto em que o direito italiano influenciou bastante o Projeto de Código Civil: é o bem de família. Embora não se tivesse consagrado exatamente o patrimônio familiar do direito italiano, previsto nos arts. 167 e segs. do Código Civil sob a denominação de "fondo patrimoniale", na verdade, foi proposto um regime jurídico semelhante, e que veio a redundar numa composição entre o bem de família do direito americano (Home Stead) e o "fundo patrimonial" do direito italiano (29).

A questão estaria em saber se seria possível constituir, por exemplo, o bem de família apenas com ações, com a finalidade de obter uma renda, ou se deveria, obrigatoriamente, incluir, além das aludidas ações, um imóvel para a residência da família. Nessa última hipótese, modificava-se a concepção de "fundo patrimonial" como se configura no direito italiano, para aproximar-se do bem de família, do direito americano, muito embora pudesse ele ser acrescido de outros valores mobiliários com a finalidade de dar uma renda que permita a manutenção da família em sua residência. Prevaleceu a idéia de que o fundamental seria a afetação de um imóvel residencial para utilização dos cônjuges, podendo acrescentar-lhe, sob o mesmo regime jurídico, outros valores mobiliários que venham a produzir uma renda.

Modificações importantes ocorreram no direito contratual. Nessa matéria, a partir do início do século, começaram a surgir, sempre com maior freqüência, os contratos de adesão e as condições gerais dos negócios, que alteraram, profundamente, todo o sistema contratual.

Chegou-se mesmo a afirmar que esses contratos de adesão não pertenceriam ao direito civil, pois a sua esfera seria agora a do direito econômico. Foram inumeráveis as modificações no direito brasileiro, ainda quando essas

(28) Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, arts. 29 e segs.

(29) Arts. 1.740 a 1.751.

modificações não tivessem uma guarida legislativa. Em muitos países, essa matéria ficou por conta da autonomia da vontade ou afetada à formação jurisprudencial, não se estabelecendo regras específicas, a não ser quanto a certos institutos. No direito germânico, só recentemente é que se fez incluir no Código Civil um tipo de contrato de empreitada, que obteve certa autonomia, o contrato de viagem⁽³⁰⁾. No nosso sistema jurídico, têm ganho sempre mais importância as promessas de venda, como figura substitutiva da compra e venda de bens imobiliários. Essas promessas de venda acabaram por ser consideradas como direitos reais "sui generis", porquanto todas as alienações estavam sendo feitas por este novo modelo jurídico, a partir do Decreto-Lei n.º 58, de 1937, e da Lei n.º 649, de 1949, hoje regulados pela Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

A natureza dessas promessas de vendas de imóveis, registradas, ocasionou inumeráveis discussões no sentido de saber que tipo de direito real poderia delas resultar. O certo é que elas se tornaram o meio normal das transmissões imobiliárias e o Projeto do Código Civil disciplina a promessa de compra e venda como um novo tipo de direito real⁽³¹⁾. Além disso, estabeleceu-se, ao lado do penhor, um contrato com a mesma finalidade, destinado a garantir as operações das mais diferentes espécies, especialmente no mercado financeiro, que é a alienação fiduciária em garantia. Regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969, a alienação fiduciária em garantia, juntamente com a reserva de domínio, figura regrada apenas no Código de Processo Civil⁽³²⁾, tornaram-se as garantias mais importantes na venda dos bens móveis.

Por esse motivo, a alienação fiduciária em garantia foi objeto de regulamentação no Projeto do Código Civil⁽³³⁾.

Em suma, a idéia de Código, como totalidade normativa, "corpus juris" completo e acabado, não tem mais sentido. Em momento algum, pôde essa idéia realizar-se plenamente. Teria a idéia de Código perdido a sua importância em face do número crescente de leis especiais?

A complexidade social atingiu um grau tão elevado, acarretou a edição de tão grande número de leis, que, em todo o mundo, se observa a tendência de reduzi-las ao indispensável. É da constatação comum a existência de uma "Overregulation" ou "Verrechtlichung" que se propõe como o grande problema não só legislativo, como também regulamentar, em face do crescimento enorme e desordenado do Executivo, que se hipertrofia na edição de decretos que são verdadeiras leis. Ao observador apressado poderia parecer que a idéia de Código teria perdido, por completo, o seu sentido. É, na verdade, quem admitiria um Código que seguisse o modelo do da Prússia, com mais de 19.000 artigos?

(30) §§ 651 e segs.

(31) Arts. 1.226, IV, 1.415 e 1.416.

(32) Arts. 1.070 e 1.071.

(33) Arts. 1.360 a 1.367.

Conclusão

Não faz muito tempo ARTHUR STEINWENTER escreveu um ensaio notável a respeito da ciência jurídica austríaca sob o império do Código Civil de 1911 (34). Nesse ensaio, questionava aquele jurista famoso a respeito do modo como deverá o Código Civil da Áustria ser atualizado. Examinou as diferentes espécies de atualização de Códigos para fixar-se no próprio conceito de Código Civil. O Código Civil poderia ser um Código central.

O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o Projeto do Código Civil Brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu ARTHUR STEINWENTER, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto. Não se trata, a toda evidência, de um modelo sistemático ao estilo das ciências exatas: porém, a concepção oposta tornaria incompreensível o direito, pois ele exige um núcleo valorativo e uma técnica comum no Código Civil e nas leis especiais. Não se pode, portanto, dizer que o grande número de leis se oponha à idéia de Código. Isto significaria, em última análise, a recusa absoluta à idéia de sistema.

Já se viu que a característica dos direitos português e brasileiro consistiu numa centralização normativa, com base nas Ordenações, especialmente nas Ordenações Filipinas, sem desconhecer que, no largo espaço de tempo em que estiveram em vigor, foram acrescidas por muitas disposições complementares ou extravagantes. Por esse motivo, houve necessidade que se fizesse uma Consolidação, tendo sempre como ponto de referência as próprias Ordenações, que não perderam, assim, a sua importância.

De um certo modo, não sucede outra coisa em nossos dias. Agora, mais do que antigamente, impõe-se a existência de um Código Civil, como elemento indispensável à preservação da unidade ideal do próprio direito privado, exigência constante, no desenvolvimento do nosso direito, desde o período dos descobrimentos até os nossos dias.

O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém "cláusulas gerais", um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o "corpus juris" vigente com novos princípios e normas. O juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito.

(34) Kritik am Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch — einst und jetzt, in: *Recht und Kultur, Aufsätze und Vorträge eines Österreichischen Rechtshistorikers*, Graz-Köln, 1958, pp. 57-64.