

CONFERÊNCIA INAUGURAL

Os 20 anos do Código Civil¹

Judith Martins-Costa²

Excelentíssimo Senhor Ministro Jorge Mussi, Vice-Presidente do STJ, Corregedor-Geral da Justiça Federal e Coordenador Geral desta IX Jornada de Direito Civil; Excelentíssimos Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Belizze, Coordenadores Científicos da Jornada; Excelentíssimo Juiz Rodrigo Mudrovitsch, Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Magistrados e magistradas, membros do Ministério Público, advogados e advogadas, colegas professores.

Desde que recebi, pela voz do caro Ministro Paulo Sanseverino, o muitíssimo honroso convite para proferir a Conferência Inaugural da IX Jornada de Direito Civil, tenho me debatido em definir o rumo desta comemoração ao transcurso dos 20 anos de vigência do Código Civil. Como tecer este discurso? Inclinando-me por um pendor retrospectivo ou prospectivo? Traçando um panorama de seu conteúdo ou buscando a síntese dos seus traços mais marcantes? Detendo-me no elogio ou pontuando as mais severas críticas?

Sem encontrar a melhor resposta a essas *hamletianas* alternativas, decidi-me, a final, sem originalidade, mas com muita modéstia, por traçar um balanço em três tempos, no qual pudesse registrar o passado, analisar o presente e pensar o futuro.

No *passado* havia um Código que, embora entrado em vigor em 1916, fora considerado, a justo título, “o último dos grandes códigos do século XIX” (PONTES DE MIRANDA, 1981, p.85)³; havia tentativas de reforma, algumas mais bem acabadas do que outras, desde o notável anteprojeto de Código das Obrigações dos grandes juristas Philadelpho Azevedo, Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato até os anteprojetos do início da década de 1960, de Caio Mário e de Orlando Gomes.

Como todos nós sabemos, o que vingou foi o Anteprojeto apresentado já nos fins dos anos 60, por Miguel Reale, Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. Esse Anteprojeto foi calcado em cinco premissas, uma

¹ Conferência proferida em 19/5/2022, por ocasião da IX Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em Brasília. A autora agradece enormemente aos Organizadores, Ministro Jorge Mussi e aos membros da Comissão Científica, Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurelio Belizze a confiança depositada e a imensa honra concedida.

² Judith Martins-Costa é Doutora e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; advogada, árbitra e parecerista em matérias relacionadas ao Direito Privado (Direito Civil e Empresarial).

³ *In verbis*: “A data mental do Código [de 1976 (como do BGB e do Suíço é bem 1899; não seria errôneo dizê-lo o antepenúltimo Código do século passado”

diretriz de método e três princípios fundamentais.

Dentre as *premissas*, quase como uma síntese entre todas, estava um pensamento de Scialoja, adotado como lema por Moreira Alves: a de que o espírito de originalidade, a que se atribui tanto valor, não é sempre o verdadeiro espírito do progresso, pois o aperfeiçoamento do que já se adquiriu é, na maioria das vezes, muito mais útil do que a volta ao início. Portanto, o lema foi: conservar, aprimorando, o que era útil conservar do Código de 1916 (MOREIRA ALVES, 2003, p. 18), mas não apenas “revisar” o Código de Bevilacqua: esse intento não seria desejável diante da “sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito” (REALE, 2005, p. 35). Buscou-se, pois, a adequação ao presente e uma certa abertura ao futuro, esta sendo expressa por meio de sua diretriz metódica.

A *diretriz de método*, atinente ao modelo de Código desejado, foi expressa por Clóvis do Couto e Silva. A ideia (creio que até hoje não bem compreendida por muitos) foi a de não fazer um *código total*, mas um *código central*. Eu o leio:

O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto de Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica *que possua unidade valorativa e conceitual*, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção, de modo aberto [...] (COUTO E SILVA, 1988, p. 163-188).

O intento, portanto, era o de afastar a *pretensão de plenitude* que marcara, ideologicamente, a Codificação como fenômeno histórico. O Código deveria ser o **ponto de referência** da disciplina privatista, mas não esgotar o sistema de Direito Privado. Na medida das necessidades advindas das transformações sociais, ou quando se mostrasse oportuno regular em minúcias determinada matéria, o Código deveria ser apto a receber as novidades *de fora para dentro*, por meio de “leis aditivas”, a exemplo das leis complementares à Constituição. E, concomitantemente, seria transformável e adaptável *de dentro para fora*, possibilitando construir soluções a partir de suas cláusulas gerais.

Finalmente, *os três princípios*, suas pedras fundantes do ponto de vista ideológico, foram expostos por Miguel Reale: *eticidade, socialidade, operabilidade*. Seriam elas que, alterando a base ideológica do Código então vigente, permitiam um novo e diferente Código Civil. Embora, por muitas vezes, o texto não se tivesse modificado, o contexto ideológico modificaria a sua compreensão.

Como muitos hão de recordar, o Código Civil, que começou a ser elaborado em 1969 e aportou na Câmara dos Deputados em 1984, deixando o Parlamento após quase três décadas de

tramitação⁴, entrou em vigor sob alguns poucos elogios e uma chuvarada de críticas. Algumas se dirigiam à *forma Código* (nossa época postularia os microsistemas, não os sistemas enucleados em um código); outras, se dirigiam ao seu *conteúdo*: o Código Civil teria nascido já velho, ou se teria desatualizado durante a longa tramitação; outras, enfim, o apodavam de “produto da ditadura”, por ter sido gestado no Governo da ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985.

Tentando ensaiar um balanço o mais equilibrado possível dessas críticas ao passado do Código Civil, o que resulta?

- (i) A crítica à “forma código” me parece insubsistente e superada, pois um “código central”, como o projetado, não se confunde com o “código totalizante”, conforme o modelo do século XIX, que pretendia imobilizar a vida em sua letra.
- (ii) A crítica a ser “produto da ditadura” não se comprovou pelo exame do seu texto. O autoritarismo e o sectarismo típicos de um regime político ditatorial não parecem ali espelhados. Basta pensar no art. 1.228, § 1º a §4º, e a preocupação com a função social dos institutos jurídicos, da propriedade e do contrato, também espelhada no parágrafo único do art. 2.035 e no art. 421, em sua redação original.

Pelo contrário, recebeu críticas justamente por buscar inovações que, supostamente, rompiam “com princípios jurídicos há muito consagrados”, como se lê em “O Estado de S. Paulo”, de 09 de janeiro de 2001 (DELGADO, 2011, p. 397), verberando contra o princípio da função social do contrato – que, não por acaso, foi há pouco objeto de restrições advindas de projeto de lei gestado no atual Governo Federal.

Outros, em linha antagônica, o desaprovavam não pelas novidades, mas pela falta delas, por não ter considerado certas mudanças operadas pela superveniência da Constituição Federal de 1988.

Mas alguns perceberam – como o fez o Deputado Ricardo Fiuza, Relator Geral, que “a grande novidade deste Código [foi ter sido] muito mais de ordem metodológica e filosófica do que de cunho literal” (IDEM, p. 399). É um Código que postula à doutrina e à jurisprudência um papel nada passivo na sua construção, como tem sido feito há 18 anos nessas Jornadas de Direito Civil, não por acaso nascidas de uma ideia de Ruy Rosado de Aguiar Jr. – a cuja memória presto a mais sentida homenagem – o qual, trabalhando junto a Clóvis do Couto e Silva na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde se estudava com afinco o Projeto, era

⁴ O Decreto n. 61.239/1967, designou a Comissão criada pelo Governo Federal para elaborar o Anteprojeto de Código Civil. Em 23 de maio de 1972 seu Presidente, Professor Miguel Reale, encaminhou ao Ministério da Justiça o resultado de seu trabalho, sendo publicado o Anteprojeto para receber sugestões e críticas. Em 10 de junho de 1975, o Anteprojeto revisto foi apresentado à Câmara dos Deputados, tomando o número 634/75. Depois de nove anos a receber críticas e sugestões, chegou ao Senado Federal, no qual foi tombado sob o número 118/84. Com alterações, foi reencaminhado à Câmara dos Deputados em 16 de dezembro de 1997. Finalmente, foi aprovado em 06 de dezembro de 2001, indo à sanção presidencial e entrando em vigor em 11 de janeiro de 2003. (vide DELGADO, 2011, p. 287-435)

um profundo conhecedor da sua metódica.

Não há dúvidas, porém, que a crítica ao *conteúdo desatualizado* foi em parte procedente, muito embora não se deva esquecer o trabalho imenso de “*aggiornamento*” levado a efeito no Parlamento, tendo recebido centenas de emendas, a maior parte delas no Direito de Família, para compatibilizar o Livro IV com a Constituição Federal⁵.

Ensaçando um *vol d’oiseau* sobre o seu conteúdo e contrastando-o com o que, na altura, já era conhecido e relativamente assentado na comunidade dos juristas, posso lembrar:

(i) na Parte Geral, quanto aos direitos de personalidade, é criticável a timidez na sua previsão e disciplina. Em outro exemplo, relativo aos prazos prescricionais, melhorou o regramento, se comparado com o Código de 1916, mas, em face da redução dos prazos prescricionais, há falta de critérios que melhor ancorem as condições da tomada da ciência do lesado, a fim de marcar o termo inicial;

(ii) no Direito das Obrigações, parece-me censurável o fato de não ter bem regulado as angustiantes questões ligadas às perturbações no cumprimento das prestações, especialmente as derivadas da alteração superveniente das circunstâncias contratuais. Embora, relativamente ao Código de 1916, tivesse dado um passo para a frente, a matéria poderia estar amparada em conquistas da ciência jurídica já conhecidas, como a Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico, versada por Pontes de Miranda desde o fim dos anos 50 do século XX⁶. E, conquanto tenha disciplinado assunção de dívidas em conjunto com a cessão de crédito, foi omissivo em não disciplinar a cessão da posição negocial.

Ainda no Livro I da Parte Especial, no Direito dos Contratos, penso que o contrato de seguro poderia ter sido melhor disciplinado. Já eram conhecidas, na altura, as mudanças (por razões técnicas, pela expansão da empresarialidade, etc.) que já atingiam a *questão informativa*. Mas, muito embora esse capítulo tenha sido redigido por um dos maiores juristas brasileiros, Fábio Konder Comparato, continuou-se a colocar o maior peso do dever de informar na posição do segurado, e não na da seguradora. E, ainda no Direito Contratual, nota-se a ausência de um regramento mais detalhado dos contratos de distribuição *lato sensu*, que não fossem enquadrados em tipos legais.

(iii) no Direito da Empresa, é exemplo de solução fortemente criticada a problemática disciplina das sociedades limitadas embora, penso eu, muita incompreensão tenha cercado a unificação das obrigações civis e comerciais – não a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, pois o que se quis e o que se fez foi

⁵ Entre outros, conferir MARINHO, 2000.

⁶ A obra fundamental de Karl Larenz acerca da base negocial objetiva é do ano de 1963, mas Pontes de Miranda já mencionava a teoria em 1959 no *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXV.

apenas unificar a atividade negocial. Mas penso que, num balanço honesto, se há de reconhecer os benefícios daí advindos tanto para o Direito Civil quanto para o Direito Empresarial, pois restou melhor equilibrada a dialética entre a dimensão jurídica e a dimensão econômica dos institutos que lhes são comuns, como o contrato, reduzindo-se, de um lado, a abstração conceitualista, típica do Direito Civil, e, de outro, o extremado empirismo factual, característico do Direito Comercial.

(iv) no Livro III, o Direito das Coisas, para além das mudanças pontuais, que foram relevantes, como a introdução da propriedade fiduciária e do direito de superfície, foi intento dos autores do Anteprojeto – expresso em texto de Miguel Reale – não meramente atualizar em termos de mera perfectibilidade teórica, mas deixar plasmado em suas disposições o imperativo de ordem social e econômica decorrente da função social atribuída ao direito da propriedade. Esse direito deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais de tal modo que sejam preservados, conforme o estabelecido em lei, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico. Passados 20 anos, a relevância desse intento expresso, por exemplo, no §1º do art. 1.228 não poderia ser mais atual e urgente, como o comprovam as agressões ao meio ambiente da Amazônia e do Pantanal, só para lembrar os casos mais dramáticos.

(v) o Direito de Família – que, desde o Anteprojeto, vinha marcado por anacrônico (já então) conservadorismo – colidia frontalmente com a sobrevida Constituição Federal. Procurou-se adaptar, nem sempre com resultados exitosos, as modificações fundamentais que já na década de 1970 começavam a atingir em ritmo frenético as relações familiares, tentando-se flexibilizar o modelo de família espelhado pelo Código: monolítico e centrado na figura masculina.

(vi) no Direito Sucessório, embora com modificações pontuais relativamente ao Código antecessor, continuamos a encontrar uma disciplina que mais contempla regras próprias a uma sociedade rural, assentada na riqueza fundiária e a uma família tradicional, fundada na preponderância masculina, resultando daí as autoritárias intromissões na autonomia privada, muito embora as bases econômicas e sociológicas da sociedade já estivessem modificadas. O fenômeno da empresa já amadurecera em nosso país e a dissolução das estruturas familiares tradicionais despontava com clareza. Manteve-se, todavia, um regime fundado no autoritarismo da lei, dificultoso ao extremo à gestão de empresas familiares, com reduzida liberdade de testar, havendo herdeiros necessários; persistindo as dificuldades na realização do planejamento sucessório, visto que com a reserva hereditária imobiliza-se o patrimônio dentro da família, o que só piora com a proibição absoluta de pactos sucessórios.

Ainda assim, considerado o Código Civil em sua inteireza, o passo dado em relação ao seu antecessor foi relevante.

Mas aquele Código, que entrou em vigor em 2002, não é o mesmo hoje posto. Um Código não é uma estrutura estática. É feito num devir contínuo.

O que temos *no presente*?

As transformações mais radicais atingem o Direito de Família. Muito embora a adequação feita na Câmara e no Senado ao correr da tramitação, a sua estrutura – centrada na distinção entre o direito pessoal e o patrimonial – e sua unidade conceitual restaram desconjuntadas, quer pela emergência de leis especiais, quer por força de uma jurisprudência com nítido caráter normativo e, fundamentalmente, porque as relações de família hoje são – e já eram – diversas, plurais e mais igualitárias. Houve passos importantes ao se permitir a união estável homoafetiva; e ao se aceitar que a factualidade biológica por vezes é superposta pelos vínculos de afeto e cuidado.

Alterações legislativas atingiram também, nem sempre para melhor, a Parte Geral. Por exemplo, alterou-se profundamente o regime da capacidade e das incapacidades, para adaptar o Direito brasileiro à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁷. Mais tarde, em 2019, por conta da Lei de Liberdade Econômica, alterou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, e foram acrescidos os cânones da interpretação dos negócios jurídicos para expressar, em texto de lei, diretrizes hermenêuticas secularmente consagradas; no Direito da Empresa, as mudanças atingiram, dentre outras regras, as da sociedade unipessoal; e no Direito das Coisas houve, exemplificativamente, a inclusão de regras acerca do condomínio de lotes, do condomínio em multipropriedade e dos fundos de investimento, tendo já havido, em 2007, algumas alterações na hipoteca.

No Direito Sucessório, as maiores alterações provieram da superveniência do Código de Processo Civil de 2015 e da jurisprudência, notadamente ao se equiparar, em certos casos e para efeitos sucessórios, cônjuges e companheiros.

Certo é, porém, que um Código não se faz sozinho; precisa ser acompanhado pelo trabalho conjugado da doutrina e da jurisprudência. E ambas – doutrina e jurisprudência – precisam estar atentas não apenas ao texto da Lei, mas, igualmente, às próprias bases filosóficas e metodológicas que estruturam o Código Civil; à sua linguagem, que, penso eu, deveria ter sido melhor observada nas leis que o modificaram. O alerta de Clóvis do Couto e Silva sobre a relevância

⁷ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição da República, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

da *relativa unidade conceitual*, a ligar, intersistematicamente, Código Civil e leis ordinárias, deveria ser um guia para a elaboração legislativa, quando destinada a nova lei a “aditar” o *corpus* codificado; e, igualmente, para a formulação dos enunciados, pois a introdução de linguagem distinta é fator de quebra sistemática, de dúvidas, ambiguidades, dissintonias, isto é: de insegurança jurídica aos seus destinatários.

Todavia, muito embora as suas falhas, suas omissões, o Código Civil, por suas qualidades metodológicas, ainda permanece, no essencial, apto a disciplinar as relações entre os privados, desde que traçadas as conexões intersistemáticas requeridas por um Código central (e não “total”) como pensado pelos autores do Anteprojeto.

Circundam à sua volta, por exemplo, a Lei das S.A. – sabendo-se – como bem disse Alfredo Lamy – ser preciso conjugar, em harmonia, entre *lex specialis* e *lex generalis*, pois “[o] Código Civil contém disposições gerais sobre diversos institutos que se aplicam à companhia e integram, portanto, o *sistema jurídico da companhia concreta*” (BULHÕES PEDREIRA, 2009, §45, p.173). Estão no seu entorno, ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados; o Código de Defesa do Consumidor; a Lei de Biossegurança; o Estatuto da Criança e Estatuto da Pessoa com Deficiência; as decisões do Supremo permitindo a união estável homoafetiva (ADI 4.277, de 2011); os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet. E, entre o Código e os “novos Direitos”, como o Direito Digital – tema de uma das Comissões destas Jornadas – podem e devem ser traçados os necessários nexos intersistemáticos.

Para o *futuro*, o que seria necessário para manter a conexão entre o Código e as relações sociais?

A *ideia forte* dos anos 80-90 do século XX, qual seja, da substituição de um Código por desconexos microssistemas normativos dissipou-se, e hoje parece superada. Penso que a ideia de um Código *central* ao Direito Privado deveria ser ainda meditada.

Entendo que a vida é tecida por radical instabilidade e insegurança e, por isso, as instituições, por contraponto, devem ser relativamente estáveis, porque a estabilidade – não a perpetuidade – é um pressuposto básico para que os cidadãos possam criar confiança no seu conteúdo. Não por acaso, Hegel qualificava como uma das mais típicas manifestações de segurança jurídica a promulgação de um código ordenado e definido (PÉRES LUÑO, 1994, p. 141). A própria gênese do *ius civile* tem lugar em Roma por meio de um ato de afirmação da segurança jurídica, a Lei das XII Tábuas, com suas regras claras e ordenadas fixadas no Foro para que todos a elas pudessem conhecer. Não devemos ter receio da segurança: a História prova que o autoritarismo político sempre se utiliza da insegurança legislativa e jurídica para descambar no *assalto à razão*. Com suas regras sistematicamente ordenadas, um código pode auxiliar no repúdio ao autoritarismo e à insegurança.

Não apenas a população, mas os operadores jurídicos, carecem da segurança proporcionada pelo Código, uma lei, geralmente feita – por seu próprio processo legislativo – com maior cuidado técnico-jurídico, mesmo em nosso tempo de atordoante atecnia legislativa. Num Código, há unidade conceitual e valorativa. O risco das antinomias, das contradições que fomentam a insegurança, diminuem radicalmente, se compararmos um Código com uma reunião de leis esparsas, feitas ao sabor de cada governante, de cada legislatura, numa algaravia semântica e conceitual que, ao fim e ao cabo, inviabiliza a própria compreensão do Direito, dificultando, para dizer o mínimo, o seu controle.

Penso em atualizações pontuais, desde que resguardando aquele alerta que acabo de referir quanto ao método e à linguagem. Se mostraria oportuno e relevante contemplar, por exemplo, a *culpa in contrahendo*; disciplinar de maneira mais clara, flexível e sistematizada os institutos que provém a adaptação dos contratos às circunstâncias supervenientes; prever regras próprias aos contratos em uma economia globalizada, marcada pelo “contrato para além do contrato”, isto é, pela expansão de cadeias contratuais, muitas vezes até mesmo extraterritoriais; disciplinar, em poucas mas firmes regras, as relações contratuais assimétricas não submetidas ao Código de Defesa do Consumidor – o que a doutrina italiana alcunhou de *il terzo contratto*. Ainda, no tocante a um bem fundamental, como a moradia, seria preciso talvez disciplinar a questão da “economia compartilhada” e da locação de imóveis residenciais por meio de serviços *online*, em função dos conflitos de vizinhança, muito embora outras matérias, ainda excessivamente novas e em desenvolvimento – especialmente naquelas ligadas ao fenômeno da inteligência artificial e do que vem sendo chamado de Metaverso –, entendo que devam ficar sob a regência de leis especiais, mais facilmente alteráveis e adaptáveis à realidade dos fatos, particularmente mutável nessas matérias.

Mas falar em futuro do Código Civil depende, em primeiro lugar, de *como* o construiremos, de *como* o veremos, *como* regularemos as esferas de poder e as de liberdade, e *para qual* sociedade essa construção será feita.

As elaborações conceituais são um problema de escolha, os conceitos que utilizamos (“o que é uma família?”; “o que é uma pessoa?”) são todos convencionais, não obedecendo o critério da verdade/falsidade. Mas devem ter um mínimo de determinação semântica e devem permitir uma explicação coerente sobre os objetos que formam a sua referência empírica.

Então, a questão da escolha se torna uma questão de consistência teórica e de adequação científica (FERRAJOLI, 1993, p. 21).

Concluo: traçado esse largo panorama, com certeza omisso e superficial, pela necessidade do tempo, e cujo desenho é necessariamente subjetivo, resta a convicção de que, se quisermos fazer um balanço o mais objetivo e equilibrado possível, devemos, em quaisquer circunstâncias, ter em conta os processos históricos tais quais efetivamente se desenvolvem. Não