

**Editorial. RTDC, vol. 7, 2001.**

### **O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira.**

Para o estudioso do direito civil, descomprometido com os afagos recíprocos e o escambo de vaidades, o momento não é de festa. O recém-aprovado Projeto de Código Civil, concebido anteriormente à Constituição de 1988, inspira-se em movimentos legislativos ultrapassados que conheceram seu auge na Europa Continental dos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial. As importantes elaborações doutrinárias então surgidas fundamentaram, na dogmática alemã, a reinterpretação do Código de 1896, além de inspirarem a revisão conceitual levada a cabo na Itália (a partir da recodificação de 1942) e em Portugal (como seu Código Civil de 1966 e sucessivas reformas).

No caso brasileiro, contudo, por vicissitudes várias, preferiu-se não aprovar os diversos projetos de recodificação que, redigidos por nossos maiores civilistas foram produzidos entre 1940 e 1970. Mantendo-se em vigor o Código Civil de 1916, por obra do legislador especial foram subtraídos inteiros setores do texto codificado. No direito de família, por exemplo, destacaram-se a Estatuto da Mulher Casada, de 1962, e a Lei do Divórcio, de 1977. Por outro lado, a jurisprudência ofereceu subsídios riquíssimos à evolução do direito brasileiro, em todos os campos das relações jurídicas privadas. Trata-se de processo de reforma legislativa e jurisprudencial paulatina e incessante, que culminou com a Constituição de 5 de outubro de 1988.

O Texto Constitucional empreendeu radical transformação no direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais. Suplantou, com isso, todas as formulações conceitualistas que idealizavam o direito civil como o estatuto das relações patrimoniais. Na esteira deste processo surgiram o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, as soluções jurisprudenciais em matéria de responsabilidade civil, contratos e propriedade.

Daí o desajuste maior do projeto: ele é retrógrado e demagógico. Não tanto por deixar de regular os novos direitos, as relações de consumo, as questões da bioética, da engenharia genética e da cibernética que estão na ordem do dia e que dizem respeito ao direito privado. E não apenas por ter como paradigma os códigos civis do passado (da Alemanha, de 1896, da Itália de 1942, de Portugal, de 1966), ao invés de buscar apoio em recentes e bem-sucedidas experiências (como, por exemplo, os Códigos Civis do Quebec e da Holanda, promulgados nos anos noventa).

O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras

feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.

Ressalte-se ainda que, também do ponto de vista técnico, o Código já surge obsoleto. Alguns exemplos: os direitos da personalidade foram regulados de maneira tímida e tipificadora, nos arts. 11 a 21, seguindo doutrina que teve os seus dias de glória nos anos 60, desconhecadora da cláusula geral de proteção da pessoa humana que viria a ser corporificada na Lei Maior. Ainda na Parte Geral, o conceito de representação voluntária é identificado com o de mandato, repetindo a ultrapassada técnica do século XIX, incorporada ao Código de 1916. Em outro exemplo de herança equivocada, o art. 187 do novo diploma cuida do abuso de direito no âmbito do ato ilícito, na contramão da doutrina atual.

O art. 189 pretende corrigir um velho problema do Código de 1916, dispondo agora que a prescrição extingue a pretensão. O dispositivo seria inovador no começo do século XX: não nos dias de hoje, quando se sabe que a prescrição não necessariamente põe fim a uma pretensão (como no caso do credor que pode cobrar judicialmente a dívida prescrita e satisfazer a sua pretensão, se o devedor não argüir a prescrição).

No direito das obrigações a atecnia não minora. O art. 422 pretende fixar o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, valendo-se de formulação pífia que sequer cogita do dever de boa-fé na fase pós-contratual. Bastava copiar o Código do Consumidor, neste particular. Esse ponto é gravíssimo uma vez que, na prática, os juizes vinham aplicando a boa-fé objetiva nas relações contratuais de maneira ampla, e serão tolhidos com a entrada em vigor do novo Código Civil. O art. 478 prevê a resolução contratual por onerosidade excessiva, aos moldes do Código italiano de 1942. A solução foi inovadora a seu tempo. Hoje é considerada subjetivista, vinculada a “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, além de atrelada à resolução do contrato, sem autorizar o magistrado à revisão contratual, como dispõem o Código de Defesa do Consumidor e a melhor doutrina do direito civil.

Os exemplos não têm fim. No direito de família a situação é crítica. Aqui, também, a questão central não são as omissões, o silêncio absoluto do projeto em face da agenda atual do direito de família (marcada pela pluralidade de modelos familiares e pelas novas técnicas da biotecnologia). O mal maior é a reprodução de uma dogmática matrimonialista, institucionalizada, que focaliza a família através da lente do casamento e dos seus diversos regimes patrimoniais. Também aqui a Constituição da República e o Superior Tribunal de Justiça encontram-se muito além do que prevê o projeto do novo Código. Tutelam a família como realidade plural e instrumentalizada à dignidade dos seus membros, sejam eles cônjuges, companheiros ou filhos sob guarda monoparental (cerca de 38 milhões de brasileiros segundo dados divulgados pelo IBGE, vivem em famílias monoparentais normalmente sob a chefia de mulheres, que representam quase 7 milhões de chefes de família, neste modelo ignorado pelo projeto).

Há muito mais. Incontáveis são os exemplos que, nos 2.035 artigos do projeto, retratam o descompasso entre o texto aprovado e a realidade social. Do Presidente da República espera-se o gesto nobre, que o fará entrar para a História como um grande estadista: o veto integral ao projeto. Se isto não acontecer, ao Judiciário incumbirá a espinhosa tarefa de temperar o desastre, aplicando diretamente o Texto Constitucional, seus

valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo.

G.T.