

O MODELO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 SOB A PERSPECTIVA DAS FUNÇÕES ATUAIS DA CODIFICAÇÃO

FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE*

RESUMO: O presente estudo tem como tema o modelo do Código Civil de 2002 e pretende examinar se a codificação brasileira atende a duas funções atuais da codificação: primeiro, a função de coordenação das matérias de Direito Civil situadas na parte geral e na parte especial. Segundo, a função de integração do Direito Privado. Quanto a este ponto, analisa-se especialmente a integração entre o Direito Civil e o ramo do Direito Comercial e, num segundo momento, entre o Direito Civil e a disciplina do Direito do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil, Direito Privado, Direito Comercial, Direito do Consumidor.

ABSTRACT: This article analyzes the model of the Brazilian Civil Code, discussing whether the Brazilian codification accomplishes the two functions presently assigned to codifications. Firstly, it assesses if the Brazilian Civil Code coordinates the general rules of private law with the specific rules of each branch of private law. Secondly, it examines the Code's ability to integrate private law, analyzing the interaction between the private law rules that do not apply to commercial relations with commercial law, and of the former rules with consumer law.

KEYWORDS: Civil Code, Private Law, Commercial Law, Consumer Law.

SUMÁRIO: Introdução. I. O Código brasileiro como instrumento de coordenação do Direito Civil: A) A função de coordenação quanto a matérias da Parte Geral: B) A função de coordenação quanto a matérias da Parte Especial. II. O Código Civil de 2002 como instrumento de integração do Direito Privado: A) O Código Civil de 2002 e a integração do Direito Civil e do Direito Comercial: B) A possibilidade de integração entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A promulgação do Código Civil brasileiro em 2002 propiciou que se retomasse, no cenário jurídico brasileiro, a discussão acerca da conveniência de uma nova codificação. Nos anos oitenta e noventa do século XX, vozes autorizadas da doutrina brasileira não vislumbravam qualquer necessidade de recodificação do Direito Civil brasileiro¹. Àquela época, o assunto soava não só acadêmico ou como um mero

* Professor titular da Faculdade de Direito e do Curso de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil. Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha. Advogado em Porto Alegre – RS.

¹ Cf. Orlando Gomes, *Novos Temas de Direito Civil*, p. 48, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983.

diletantismo, mas sim um claro sinônimo de anacronismo. Tratar-se-ia de voltar a um tempo passado, em desacordo com a evolução legislativa ocorrida no Direito Civil brasileiro na segunda metade do século XX². Poucos manifestaram-se favoravelmente à solução adotada pelo legislador brasileiro³.

Entre as críticas feitas ao Código Civil, estaria, de um lado, a circunstância de que a ‘fórmula código’ constitui-se em uma herança do século XIX, marcado pelo pensamento racionalista e estritamente liberal⁴. De outro, suscitou-se que a codificação não seria a solução adequada para a época pós-moderna⁵, em razão das suas características totalmente distintas em relação com o período moderno⁶.

Na doutrina, procurou-se formular um contraponto a esses argumentos, salientando-se inicialmente que a codificação não foi uma descoberta do século XIX. É certo que nesta época ela alcançou um patamar distinto, próprio de uma simbologia, inspirada no ideal de totalidade e no de igualdade formal, bem como na dimensão política do Código Civil francês e do BGB. Ademais, considerou-se necessário pontuar que a codificação reside, em essência, em uma técnica de sistematização que tem seu fundamento em contribuições do Direito romano e de todo o período medieval. Os romanos porque tiveram formas de codificação, como a *Leis das Doze Tábuas* e o *Corpus juris*⁷. E o Direito medieval porque conheceu uma longa série de variantes da técnica de codificação, como são emblemática as Ordenações no Direito português e as *Ordonnances* no Direito francês⁸. O século XIX não pode ser visto como o ponto de partida para a noção de código.

Em relação à segunda crítica, relativa ao período pós-moderno e sua incompatibilidade com a codificação, há que se ter presente que, na Europa, propugna-se a realização de um Código europeu de contratos, com o objetivo de reunir em um corpo único de leis as principais regras contratuais⁹. Desse modo, a unificação do

² Ver, por exemplo, Antonio Junqueira de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, p. 55, 63, ed. Saraiva, São Paulo, 2004; Luiz Edson Fachin, *Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: Crítica à Racionalidade Patrimonialista e Conceitualista*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 76 (2000), p. 129; Caio Mário da Silva Pereira, discurso proferido em Coimbra, por ocasião do recebimento do título de Doutor honoris causa, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 75 (1999), p. 75;

³ Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva, *O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro*, in *Ajuris*, vol. 40, p. 149.

⁴ Cf. Luiz Edson Fachin, *Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: Crítica à Racionalidade Patrimonialista e Conceitualista*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 76 (2000), p. 132.

⁵ Neste sentido, ver Antonio Junqueira de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, p. 55, 63, op. cit.

⁶ Para uma visão geral acerca do conceito de pós-modernidade, suas características e efeitos para o Direito, ver, exemplificativamente, Antonio Junqueira de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação*, p. in *Estudos e Pareceres*, p. 55, op. cit.; Antonio Manuel Hespanha, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, p. 247, Lisboa, 1997; Bruno Oppetit, p. 3, *Droit et Modernité*, Paris, 1998.

⁷ Sobre a discussão acerca de saber se houve a codificação já no direito romano ver exemplificativamente: H. Ankum, *La codification de Justinien était-elle une véritable codification?*, in *Liber Amicorum John Gilissen*, pg. 1 e segs., Kluwer, 1983; Sandro Schipani, Andrés Bello, romanista-istituzionista, in Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, pg. 205 e segs., ed. La Casa de Bello, 1987; Fabio Siebeneichler de Andrade, *Da Codificação, crônica de um conceito*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, pg. 20

⁸ A bibliografia sobre este tema é ampla. Ver, por exemplo, Guido Astuti, *La Codificazione del diritto civile*, in *La Formazione Storica del Diritto moderno in Europa*, vol. II, p. 817 et seq, Firenze, 1977; Mario Viora, *Consolidazione e Codificazione – Contributo alla Storia della Codificazione*, p. 41-42, Torino.

⁹ A literatura a respeito é extensa. A título exemplificativo, cf. Salvatore Patti, *Tradizione Civilistica e Codificazioni*

Direito no âmbito da Comunidade Européia não seria feita feita somente mediante diretivas, normas isoladas, elaboradas para que todos os países integrantes da Comunidade tenham um patamar mínimo de harmonização quanto aos assuntos de sua competência.

Acrescente-se que mesmo na atualidade ainda persiste um movimento de codificação do Direito Civil. Isto ocorre tanto em países ou regiões avançadas, como é o caso do Quebec¹⁰ e da Holanda¹¹, em que foram promulgados novos Códigos Cíveis, quanto em países em estágio acelerado de desenvolvimento¹².

Em face do exposto, verifica-se que a perspectiva pós-moderna não exclui a codificação, na medida em que esta consiste em uma técnica legislativa moldável. Ela não está vinculada tanto a uma determinada situação política – assim é que a Alemanha Oriental codificou o seu Direito civil –, quanto a um determinado momento sócio-econômico.

A codificação não deve, em suma, ser considerada uma forma superada de legislação¹³. Apenas sob este ponto de vista, não se deveria considerar como um equívoco a decisão brasileira de recodificar o seu Direito Civil. A opção pela codificação revela-se como justificável, tendo em vista a existência de experiências análogas em outros países.

Contudo, impõe-se a indagação acerca do objetivo e do modelo a ser adotado pela codificação em nosso tempo, uma época, se não pós-moderna, efetivamente distinta de períodos recentes do século XX, devido às suas múltiplas e crescentes complexidades. Para que se possa responder adequadamente acerca da pertinência da opção codificatória, há que se verificar qual o modelo de código adotado pelo Direito brasileiro em relação aos objetivos pretendidos com a codificação.

O modelo emblemático de codificação foi a do século XIX. Sua característica essencial era a da totalidade, pela qual pretendia-se abranger no código grande parte da solução normativa existente¹⁴. No Direito brasileiro, esta foi a opção feita pelo codificador de 1916. Gradativamente, porém, deu-se a erosão do ideal de plenitude, por força de fatores políticos, econômicos e sociais. Paulatinamente retirou-se do âmbito da codificação matérias e figuras que eram, originariamente, objeto de sua

Europee, in *Rivista di Diritto Civile*, 2004, p. 521 et seq.; Stefano Rodotà, *Un Codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici, una riflessione di fine milenio*, p. 541 et seq., op. cit.; Ewoud Hondius, *Towards a European Civil Code: General Introduction*, Kluwer, 1998, 2^a ed.; Winfried Tilmann, *Towards a European Civil Code*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, p. 595 et seq.

¹⁰ Cf. a referência em Louis Vogel, *Le Monde des Codes Civils*, in *Le Code Civil*, p. 798, Dalloz, Paris, 2004.

¹¹ Acerca do interesse da nova codificação holandesa na doutrina européia ver, por exemplo, U. Drobniç, *Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht*, in *European Review of Private Law*, 1993, pg. 171 e segs; F. Bydliński/T. Mayer-Mali/J. Pilcher, *Renaissance der Idee der Kodifikation*, pg. 54 e segs., 1991, Viena.

¹² Talvez o exemplo mais representativo desta tendência seja a China. Para uma visão geral do processo codificatório no Direito chinês, cf. Zhipiling Liang, *Law, Politics and Social Change: Codifications in China since 1902*, in *Codici – una riflessione di fine millennio*, p. 401 et seq, Giuffrè, Milano, 2002.

¹³ Trata-se de rememorar, aqui, o conhecido artigo de Rodolfo Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Revista di Diritto civile*, 1983, p. 117 et seq.

¹⁴ Para uma visão da noção de totalidade e sua vinculação ao conceito de código, ver Fabio S. de Andrade, *Da Codificação*, p. 25, op. cit.

regulamentação e que passaram a ser tratadas em leis especiais. O seu incremento leva ao surgimento dos microsistemas, illhas legislativas dotadas de lógica jurídica própria¹⁵.

Observou-se, porém, que o incremento dos microsistemas poderia conduzir à perda da noção de racionalidade e centralidade¹⁶, características necessárias a uma adequada operacionalidade do ordenamento jurídico¹⁷.

Nesse contexto, o codificador brasileiro de 2002 decidiu-se por uma solução moderada. Não lhe pareceu adequado optar definitivamente pela solução dos microsistemas, muito embora houvesse na doutrina quem se posicionasse a favor dessa orientação¹⁸. A solução adotada consistiu em reintegrar ao Código algumas matérias que, no decorrer do tempo, passaram a ser tratadas em Lei especial, sob o fundamento de que não seria razoável e factível pretender que todos os assuntos civilísticos ou privatísticos sejam integrados ao Código Civil.

Sem a preocupação de ser exaustivo, convém examinar se o Código Civil de 2002 atendeu convenientemente o objetivo de atuar como instrumento de coordenação das matérias integradas – ou reintegradas – à nova Codificação e que se apresentam como temas relevantes do Direito Civil.

Cumpre, portanto, saber se o novo Código civil brasileiro corresponde a um modelo que atende às funções atuais da codificação e que podem identificadas nos seguintes pontos: (i) inicialmente, verificar se o Código de 2002 atende ao objetivo de servir como instrumento de coordenação do Direito civil, favorecendo uma idéia de centralidade no ordenamento jurídico. (ii) Num segundo momento, analisar se o Código de 2002 preenche a função de servir como instrumento da integração do Direito Privado brasileiro.

I. O CÓDIGO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE COORDENAÇÃO DO DIREITO CIVIL

a) A Função de Coordenação Quanto a Matérias da Parte Geral

Na Parte Geral, um exemplo importante de matéria a integrar a codificação civil são os Direitos da Personalidade (arts. 11 a 21)¹⁹. Muito embora este assunto

¹⁵ À respeito, ver Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, p. 65, Milano, 1989.

¹⁶ À respeito, veja-se a seguinte afirmação de Stefano Rodotà, ao referir-se acerca da relação entre código e democracia: "La stessa valutazione del codice come prodotto autoritario e 'rivoluzione dall'alto', a questo punto, richiede una considerazione adeguata al nuovo contesto. L'alternativa al codice, infatti, non è la libertà del giudice o una mosaic law affidata ad una iniziativa parlamentare nella quale si rispecchia la variegata volontà dei cittadini. La realtà ci dice che, nella materie legate alle dinamiche di mercato, la privatizzazione del diritto significa autoritarismo privato in luogo di potere pubblico, aggravato da una sostanziale oscurità, e quindi, incontrollabilità del processo di produzione normativa. Le norme codicistiche, allora, riporterebbero la regola giuridica ad una ragionevole trasparenza e, pur senza alcuna illusione sulla diminuita forza degli interessi economici, questi dovrebbero almero confrontarsi in un ambiente più aperto com i soggetti portatori di valori e interessi diversi". Cf. *Un Codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici, una riflessione di fine milenio*, pg. 576.

¹⁷ Cf. Fabio de Andrade, *Da Codificação*, p. 155, op. cit.

¹⁸ Ver. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Direito Civil brasileiro: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale. Visão Contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI*, in *Novo Código Civil Brasileiro*, p. 34, ed. Câmara dos Deputados, Brasília, 2003.

¹⁹ Para uma visão geral do texto do projeto, cf. Josaphat Marinho, *Os Direitos da Personalidade no Projeto de Novo Código Civil Brasileiro*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, studia iuridica*, vol. 40, 1999, p. 247 et seq.

tenha alcançado patamar constitucional no Direito brasileiro, em face por exemplo da expressa previsão constitucional existente tanto no art. 1º, sobre a dignidade humana, quanto no art. 5º, inciso X, relativamente a direitos específicos de personalidade, há que se ter presente que o tema dos Direitos da Personalidade constitui-se igualmente em assunto clássico do Direito civil²⁰.

Em virtude desta circunstância, o Código Civil de 2002, ao estabelecer uma estrutura regulatória para a tutela dos Direitos da Personalidade, cumpre nítida função de coordenação para o Direito Civil, como também, concretiza a norma constitucional em face dos preceitos acima referidos da Constituição Federal.

Nesse contexto, o Código Civil estabelece, por exemplo, regras para a tutela do Direito de imagem, do Direito de privacidade, para o Dano à honra. Institui, igualmente, preceito expresso relativamente à possibilidade de tutela para o caso de pessoa falecida.

Contudo, sem o intuito de esgotar o tema, pode-se apontar insuficiências quanto à disciplina dos Direitos da Personalidade. Em primeiro lugar, não contém o Código Civil preceito expresso acerca da tutela de um Direito geral da Personalidade. Muito embora a redação do art. 12 possa ser extraída esta concepção²¹, o ideal seria que houvesse menção expressa à idéia da existência de um direito geral de personalidade. Essa orientação é percebida, por exemplo, no Código Civil português, em seu art. 70²², que claramente faz menção à tutela geral da personalidade²³. A adoção de um preceito claro acerca da proteção ao Direito geral da personalidade serviria de elemento expresso de conexão relativamente ao princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º da Constituição Federal. Além disso, tornaria ainda mais efetiva a proteção dos direitos da personalidade, na medida em que salientaria a existência de uma cláusula geral de tutela, coexistente com os eventuais direitos de personalidade específicos nominados²⁴. Não haveria, assim, qualquer dúvida no sentido de que o sistema de tutela de direitos da personalidade no Direito brasileiro apresenta-se como *numerus apertus* e não *numerus clausus*.

²⁰ Cf. por exemplo a referência feita aos Direitos da Personalidade por Otto Gierke: “Die Persönlichkeitsrechte sind Privatrechte” (Os Direitos da Personalidade são Direitos privados). Cf. Deutsches Privatrecht, tomo I, p. 705, Duncker & Humblot, 1936, reedição inalterada da 1ª edição, de 1895. Para uma perspectiva histórica sobre os Direitos da personalidade, cf. Franz Matthias Mutzenbecher, Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht, Hamburg, 1909.

²¹ Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

²² “Art. 70 – Tutela Geral da Personalidade.

1: A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

²³ Para um exame dos benefícios da noção de um direito geral de personalidade, ver Paulo Mota Pinto, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, 40, 1999, p. 171.

²⁴ No Direito alemão, em que o BGB não contém na parte geral capítulo expresso sobre os Direitos da Personalidade, a idéia de um direito geral de personalidade desenvolveu-se precisamente para cumprir esta função ampliadora de tutela dos direitos da personalidade. Ela repousa sobre dois fundamentos: de um lado, na própria Lei Fundamental de 1949, que nos arts. 1º e 2º dispõe sobre o direito à dignidade humana (Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde) acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Recht des Einzelnen auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit). De outro, a jurisprudência alemã reputa os direitos da personalidade como direito especial (sonstiges Recht), a fim de vinculá-los ao § 823 I do BGB – que considera ato ilícito a lesão a direito especial. Cf. Jauernig, BGB – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, p. 1031, Beck Verlag, 10. ed., 2003; D. Schwab, Einführung in das Zivilrecht, p. 130, Müller Verlag, 2002.

Em relação ao rol dos direitos da personalidade específicos, o Código Civil de 2002 não inseriu qualquer regra sobre a possibilidade de alteração do nome. A matéria permanece tratada na Lei dos Registros Públicos (arts. 56, 57 e 58, da Lei nº 6.015/73). Um dos aspectos mais importantes para a pessoa e um dos que, aliás, mais concerne a sua dignidade, diz respeito precisamente à possibilidade de alterar o nome, ou mesmo o prenome. O Código Civil, porém, nada refere a respeito²⁵. Mesmo que se entendesse por manter a disciplina da mudança de nome na lei especial, cumpriria ao menos a referência a este respeito no Código Civil. No entanto, nem sequer esta providência foi adotada pelo codificador. De sorte que em relação a este ponto, verifica-se que a solução adotada não atendeu, de forma conveniente, à sua função coordenadora.

Deve ser lamentada, igualmente, a ausência de disciplina sobre a possibilidade de alteração do sexo, com a conseqüente alteração do nome. Em relação a este ponto, poderia o Código Civil de 2002 ter-se inspirado, por exemplo, no Código Civil do Quebec, que expressamente disciplinou o assunto²⁶.

Para referir ainda outra figura da parte geral, veja-se que em relação à lesão também não houve por parte do Codificador brasileiro o objeto de estabelecer um mecanismo de coordenação entre a disciplina existente na Parte Geral (art. 157) e a que está contida na legislação especial. Enquanto na previsão do art. 157 do Código Civil tem-se uma situação de anulação do negócio jurídico, a Lei de defesa do consumidor prevê a possibilidade ao consumidor de modificar as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, inciso V).

Em se tratando da mesma problemática – desproporcionalidade da prestação –, ainda que se possa admitir a inserção de requisitos distintos, como ocorre no art. 157, tendo em vista um maior rigorismo para os casos do Direito Civil em confronto com os de tutela do consumidor, o ideal seria o estabelecimento de uma base idêntica de solução entre a esfera geral e a especial. Em relação a este ponto, identifica-se uma primeira situação em que o codificador não se preocupou em afinar as soluções entre a previsão do Código Civil e as da Lei de defesa do consumidor²⁷.

²⁵ O Código Civil do Quebec regula a matéria da mudança de nome de forma ampla na seção terceira do título terceiro, relativo à temática do Estado das Pessoas, que integra o livro primeiro referente às Pessoas. A par das disposições gerais (§ 1º da seção terceira), são reguladas a possibilidade de mudança de nome pela via administrativa (§ 2º) e pela via judicial (§ 3º).

²⁶ A disciplina sobre a alteração do sexo encontra-se prevista na seção quarta do aludido título terceiro sobre o Estado das Pessoas. Sua redação em inglês é a seguinte:

“71 Every person who has successfully undergone medical treatments and surgical operations involving a structural modification of the sexual organs intended to change his secondary sexual characteristics may have the designation of sex which appears on his act of birth and, if necessary, his given names changed.

Only an unmarried person of full age who has been domiciled in Québec for at least one year and is a Canadian citizen may make an application under this article.

72. The application is made to the registrar of civil status; it is accompanied with, in addition to the other relevant documents, a certificate of the attending physician and an attestation by another physician practising in Québec to the effect that the treatments and operations were successful.

73. The application is subject to the same procedure as an application for a change of name and to the same publication requirements and the same duties. The rules relating to the effects of a change of name, adapted as required, apply to a change of designation of sex”.

²⁷ Muito embora não se concorde integralmente com a conclusão feita por Luiz Edson Fachin, que vê nesta circunstância um risco para a defesa do consumidor, cumpre acentuar que ele destacou este aspecto ao

b) A função de coordenação quanto a matérias da Parte Especial

Em relação à parte especial do Código de 2002, são vários os exemplos de matérias inseridas na Codificação, atendendo-se assim o objetivo de coordenação do novo Código Civil. O exemplo mais relevante consiste no princípio da boa fé, disciplinado no art. 422 do Código Civil. Até a entrada em vigor do Código Civil, havia uma espécie de disfunção em nosso ordenamento, na medida em que o princípio da boa fé encontrava-se disciplinado apenas e tão-somente na Lei de defesa do consumidor (art. 4º e art. 51, inciso IV). Esta circunstância era problemática, pois fazia, de um lado, com que se pretendesse muitas vezes alargar demasiadamente o campo de aplicação das relações de consumo, a fim de permitir a invocação dos preceitos sobre o princípio da boa fé previstos na Lei de defesa do consumidor²⁸. Esta situação era particularmente comum em relação às relações entre empresários, que não encontravam regra positiva específica acerca do princípio da boa fé. Em face da inclusão da boa fé como princípio geral dos contratos, em princípio, cessa a necessidade de que se tenha de recorrer à Lei de defesa do consumidor para casos em que ela não tenha aplicação.

Em relação a outros assuntos da teoria geral dos contratos, porém, é lacunosa a regulamentação dada pelo Código Civil relativamente ao que se encontra na lei especial.

Classicamente, pensava-se que, no campo do Direito Civil, não se necessitaria de proteção contra cláusulas abusivas. Ambos os contratantes estariam em igualdade de condições. Certamente esta é a razão pela qual há tão poucas referências, no Código Civil de 2002, em relação às cláusulas abusivas. Ocorre que mesmo no âmbito do Direito Civil podem ocorrer situações de abusividade e de disparidade contratual²⁹. Deveria haver, portanto, ao menos uma regra de coordenação no novo Código Civil para que se encontrasse uma referência sobre as cláusulas abusivas. Existe, é verdade, a regra do art. 424, que taxa de nulidade as cláusulas constantes em contrato de adesão, que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Entretanto, trata-se de uma regulamentação tímida da problemática das cláusulas abusivas, quando se compara este preceito com a extensa tratativa do problema existente na Lei de defesa do consumidor³⁰.

Nesse contexto, teria sido conveniente uma formulação no sentido de aplicar-se, ao menos subsidiariamente, a lista de cláusulas abusivas existente na Lei de defesa do consumidor para contratos que não se enquadram na definição de relação de consumo³¹.

tempo do Projeto: “Não há, no projeto, nenhuma disposição que ofereça um indicativo acerca de quais situações são abrangidas pelo Código Civil e quais seriam reguladas pelo CDC”. Cf. Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: Crítica à Racionalidade Patrimonialista e Conceitualista, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 146, op. cit.

²⁸ Acerca desta problemática, cf. as considerações de Antonio Junqueira de Azevedo, *Relação Jurídica que não é de consumo. Destinatário final. Cláusula abusiva*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, p. 226, ed. Saraiva, 2004.

²⁹ Tanto é assim que na parte geral considera-se, no art. 187, como ilícito o ato do titular do direito que exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

³⁰ Neste sentido, ver Antonio Junqueira de Azevedo, *Direito dos Contratos*, in *Novo Código Civil Brasileiro – o que muda na vida do cidadão*, p. 80, op. cit.

³¹ A respeito deste tema, veja-se a solução já aventada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Cláusulas abusivas no código do consumidor*, in *A Proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, p. 21.

Esta seria uma solução que ao menos intensificaria o mecanismo de coordenação entre o Direito Civil geral e o especial regulado na Lei de defesa do consumidor.

Ainda quanto à temática da teoria geral dos contratos, o Código Civil de 2002 permitiu que prosperasse uma situação contraditória quanto aos contratos de adesão. Ocorre que a definição de contrato de adesão, no ordenamento jurídico nacional, encontra-se no art. 54 da Lei de Defesa do Consumidor. Trata-se de um contra-senso! Se o Código Civil é a lei geral, a definição de contrato de adesão deveria estar na parte geral de contratos, tendo em vista que a matéria de contrato de adesão não se vincula, intrinsecamente, aos contratos de consumo.

Quanto aos contratos nominados, merece referência a disposição do Codificador no sentido de que a disciplina da locação de prédio urbano continue regida por lei especial – atualmente a Lei nº 8.245/91. Desde longa data, o regime da locação de prédios urbanos tem sido feito por leis especiais. Cuida-se igualmente de uma legislação sujeita a constantes alterações, em virtude da forte influência social a que está submetido o tema da locação predial. Mais recentemente, com a referida Lei nº 8.245/91 esta legislação alcança o patamar de microsistema, na medida em que ela possui uma regulação própria, englobando tanto regras materiais como também de direito processual. Nesse contexto, não é casual a opção do codificador em deixar de regular a matéria de locação. Trata-se, quanto a este ponto, de uma nítida demonstração da nova função do Código, que não pretende regular todas as matérias. No entanto, há que se observar que o aludido dispositivo não deveria ocorrer no título das Disposições finais e transitória, e sim na parte relativa aos contratos.

No campo dos Direitos Reais, vislumbra-se relativamente à propriedade o objetivo do Código em estabelecer não só o conceito clássico do direito de propriedade (art. 1.228, *caput*), como também a noção da função social (§ 1º do art. 1.228), bem como vedar o seu uso abusivo (§ 2º do art. 1.228). Até o Código Civil de 2002, poder-se-ia cogitar de que a idéia de função social da propriedade não integrava o conceito civilístico de propriedade, pertencendo, exclusivamente, ao patamar constitucional do instituto. O novo Código põe fim a esta perspectiva redutiva, ao conjugar no art. 1228 e seus parágrafos, todas as dimensões do instituto da propriedade³².

Ainda quanto aos Direitos Reais, foi reagrupada na Codificação a matéria de condomínio, que até então, no que concerne aos edifícios, era regulada pela Lei nº 4.591/64³³. Contudo, ao disciplinar-se o tema no Código Civil, não se teve o cuidado de verificar se todos os preceitos estabelecidos na Lei especial haviam sido inseridos no Código Civil de 2002. Por esta razão, pode-se apontar, em algumas situações específicas, certo retrocesso na dinâmica da esfera condominial³⁴.

³² Sobre esta perspectiva, cf., na doutrina nacional, de forma exemplificativa, Francisco Eduardo Loureiro, *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*, p. 53, ed. Renovar, 2003.

³³ Em face desta circunstância, os arts. da Lei nº 4.591/64 referentes ao condomínio em edifício foram revogados pelo Código Civil de 2002. Nesse sentido, J. Nascimento Franco, *Condomínio*, p. 13, ed. Revista dos Tribunais, 2004.

³⁴ Veja-se que o novo Código Civil não reproduziu o § 4º do art. 24 da Lei nº 4.591/64, que concedia ao locatário a faculdade de comparecer às assembleias e deliberar sobre os assuntos que não se referissem às despesas extraordinárias. Em face disso, há que se entender, necessariamente, que foi suprimido este direito ao

Em relação ao Direito de Família, o Código Civil de 2002 implementa a inserção da união estável e do divórcio, que até então eram disciplinados em Lei especial. Sua disciplina em legislação especial espelha a tendência legislativa no ordenamento brasileiro no sentido de que a regulação de novas figuras jurídicas seriam incompatíveis com a codificação. Não se tinha, por força de uma concepção principiológica, a premissa de valorização da codificação. Não havia, porém, qualquer fundamento para a regulação da união estável e do divórcio em lei especial. A união estável constitui-se em espécie de fonte de vínculos familiares, conjuntamente com o casamento. Enquanto o divórcio representa uma das formas de dissolução do vínculo do casamento. É certo, porém, que em relação à união estável é visível que o codificador estabeleceu uma disciplina sumária para a matéria e que não regula várias dos aspectos do relacionamento entre os conviventes³⁵.

Entretanto, a codificação não pretendeu esgotar toda a disciplina relativa às relações familiares, na medida em que a tutela da criança e do adolescente permaneceu regulada em seu Estatuto (Lei nº 8.069/90). Segue, portanto, a concepção de que o Código não pode ser exaustivo, pretendendo – como se referiu – a regulação de todas as matérias. Contudo, sobressai a ausência de qualquer menção relativamente à tutela da criança e do adolescente na Parte geral do Código Civil³⁶. Trata-se de terminologia existente no referido Estatuto da Criança e do Adolescente, lei especial, a que não corresponde qualquer referência no Código Civil, lei geral. Uma vez mais, houve desatendimento à função coordenadora que se pretende do Código Civil.

Em face do que sumariamente se expôs nesta primeira parte, conclui-se que o Código Civil de 2002 poderia haver aperfeiçoado o mecanismo de coordenação de alguns institutos do Direito Civil. Nem sempre o novo Código cumpre, em sua plenitude, a função de eixo central que dele se exige. Há, portanto, uma deficiência no novo Código, pois não se introduziu nele todas as regras indispensáveis para atender a esta função, o que pode prejudicar a operacionalidade do sistema civilístico.

II. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMO INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

a) O Código Civil de 2002 e a Integração do Direito Civil e do Direito Comercial

Entre as novidades mais significativas do Código Civil de 2002 figura a inserção do Livro II da Parte Especial sobre Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195). Neste setor, encontra-se, por exemplo, o conceito de empresário (art. 966); a disciplina das sociedades, estabelecendo-se a nova distinção entre sociedades não personificadas e personificadas (arts. 986 e 997, respectivamente), bem como entre sociedades simples e sociedades empresárias (art. 982). Regula, ainda, de forma exaustiva, algumas espécies de sociedade,

locatário, o que se configura em prejuízo ao inquilino, que, residindo no edifício, vê-se privado da possibilidade de debater as questões condominiais ordinárias. Cf. J. Nascimento Franco, Condomínio, p. 113, op. cit.

³⁵ Veja-se que enquanto o art. 1.648 dispõe expressamente sobre os atos que os cônjuges não podem realizar, sem a autorização do outro, o mesmo não sucede em relação aos conviventes.

³⁶ No Código Civil do Quebec, faz referência à matéria do Respeito dos Direitos da Criança” no capítulo II do título II sobre “Certos Direitos da Personalidade, que integra o livro primeiro acerca das Pessoas.

como é o caso da sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087), com a conseqüente revogação do Decreto nº 3.708/19. Observa-se, portanto, que o Livro sobre Direito de Empresa abrange diversas matérias anteriormente vinculadas ao Direito Comercial.

A par disso, regula-se outros temas normalmente considerados como integrantes do Direito Comercial em outros pontos do Código. É o caso da disciplina dos títulos de crédito, feita no título VIII do Livro I da Parte Especial sobre Direito das Obrigações (arts. 887 a 926). Ademais, de forma explícita, no art. 2.045, nas disposições finais, revoga-se especificamente a parte primeira do Código Comercial.

Tanto quanto a discussão sobre as conveniências da codificação, o debate sobre a autonomia do Direito Comercial relativamente ao Direito Civil insere-se entre os temas mais reputados da Teoria Geral do Direito. Na verdade, esta matéria é clássica na doutrina³⁷, tendo despertado o interesse de autores italianos vinculados à doutrina brasileira, como é o caso de Ascarelli³⁸.

É forçoso recordar que esse assunto possui especial significado no Direito brasileiro. Em primeiro lugar, pelo fato de o Código Comercial anteceder ao Código Civil, o que não ocorreu na maioria dos países³⁹. Em segundo lugar, pela relevância histórica do debate acerca da conveniência de unificação do Direito Civil e do Direito Comercial no Direito brasileiro. Tendo sido Teixeira de Freitas incumbido de elaborar o primeiro Código Civil – o Esboço –, sua missão foi interrompida por que o governo imperial não concordou com a sua proposta de unificar matérias do Direito Comercial e do Direito Civil⁴⁰.

A iniciativa de Freitas revela que a orientação adotada pelo governo imperial em 1850, de autonomia para o Direito Comercial relativamente ao Direito Civil, mediante a promulgação do Código Comercial, não se constituía em uma concepção unânime na doutrina: ainda no século XIX, o mais renomado dos juristas brasileiros advogava a orientação de unificar parcialmente estes dois ramos do Direito privado. Há, portanto, na própria história do Direito brasileiro um precedente para a solução adotado pelo Codificador de 2002.

³⁷ Ver por todos, P. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Rechts als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, p. 10 et seq., Stuttgart, 1962.

³⁸ Ver O Conceito de Direito especial e a autonomia do Direito comercial, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 84, ed. Saraiva, São Paulo, 1969.

³⁹ Contrariamente à França, em que, como se referiu, o Código Civil antecedeu ao Código Comercial, em países como o Brasil e a Alemanha a codificação foi anterior. No Brasil, pela Lei nº 556, de 1850. Na Alemanha, em 1861, mediante o *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)*. A razão para esta circunstância residiria, talvez, na premência de harmonizar a legislação para o comerciante. Ainda mais por que este, como classe, requeria uma legislação própria. Por outro lado, tanto a Alemanha, quanto o Brasil tiveram dificuldades durante todo o século XIX a fim de integrar-se politicamente, o que pode ser considerado como um empecilho para a imediata codificação do Direito Civil e justificaria o fato de que o processo codificatório tenha ocorrido apenas após o transcurso da definitiva centralização política. Sobre esta problemática, ver W. Müller-Freienfels, *Zur Selbständigkeit des Handelsrechts*, in *Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70 Geburtstag*, p. 843 et seq.

⁴⁰ A esse respeito, ver por todos o volume Augusto Teixeira de Freitas e il *Diritto Latinoamericano*, organizado por Sandro Schipani, Cedam, 1988. Em especial, Orlando de Carvalho, Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado, pg. 101 e segs.

A par desta primeira ordem de influência, cumpre salientar o modelo do Código Civil italiano de 1942, conhecido por mais de uma geração de juristas nacionais. Estruturado em seis livros, o Código italiano contém, no livro IV, relativo às obrigações, o regramento sobre o contrato de transporte (art. 1.678 e segs.), agência (art. 1472 e segs.), bem como sobre contratos bancários (art. 1.834 a 1859). No livro V, sobre o trabalho, por exemplo, encontram-se disposições sobre a empresa (art. 2082 e segs.). No mesmo livro, há preceitos sobre os diversos tipos de sociedades, sendo que entre elas regula-se a sociedade anônima (art. 2.325 e segs.).

O exame sumário da sistematização do Código italiano demonstra que a solução italiana serviu de modelo para a orientação do codificador brasileiro de unificar parcialmente o Direito Comercial e o Direito Civil⁴¹, o que é aliás expressamente reconhecido⁴².

Na doutrina, há quem discorde da orientação adotada pelo Código Civil de 2002, pretendendo, de um lado, que fosse seguida a opção por uma legislação fragmentada, pela qual se adotaria um microsistema de direito empresarial⁴³. Pondera-se, igualmente, sobre a conveniência de disciplinar as matérias do Direito Empresarial, no qual preponderaria o interesse econômico, conjuntamente com as de Direito Civil, em que teriam relevo os aspectos pessoais, vinculados à dignidade humana⁴⁴.

Muito embora houvesse sido afirmado que a finalidade pretendida pelo Codificador tenha sido apenas a unificar o Direito das obrigações⁴⁵, é inegável que esta discussão resgata, na sua plenitude, o debate sobre a necessidade da dicotomia existente entre o Direito Civil e o Direito Comercial.

Em contraposição ao Direito Civil como Direito comum a todos os cidadãos, o Direito Comercial surge, originariamente, como o ramo do Direito privado incumbido de disciplinar a atividade do particular como comerciante. Dentro da esfera de abrangência do Direito privado, constitui-se, portanto, no primeiro exemplo de Direito especial⁴⁶.

Acresce que, na doutrina, tem sido assinalada a circunstância de que o Direito Comercial não apresenta um objeto próprio⁴⁷. Enfatiza-se o aspecto de que o seu surgimento e florescimento teve origens históricas⁴⁸, fundadas no desenvolvimento, num primeiro momento, da atividade comercial, e, posteriormente, da industrial.

⁴¹ Neste sentido ver, também, a título exemplificativo, Norberto da Costa Caruso Mac-Donald, A Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 20, 2002, p. 27.

⁴² José Carlos Moreira Alves, A Parte Geral do Projeto de Código Civil, p. 68, ed. Saraiva, 1986.

⁴³ Nesse sentido, ver Newton de Lucca, Direito de Empresa, in Novo Código Civil brasileiro – o que muda na vida do cidadão, p. 49, 54, op. cit.; José Maria Trepas Cases, Direito de Empresa, in Novo Código Civil brasileiro, p. 59, 60, op. cit.

⁴⁴ José Maria Trepas Cases, Direito de Empresa, in Novo Código Civil, p. 61, op. cit.

⁴⁵ A este respeito, ver Miguel Reale, Visão Geral do Projeto do Novo Código Civil, in RT 752/25.

⁴⁶ Ver a este respeito, Tullio Ascarelli, O Conceito de Direito Especial e a Autonomia do Direito Comercial, p. 84, op. cit.

⁴⁷ Ver Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, p. 6, op. cit.; Tullio Ascarelli, O Conceito de Direito Especial e a Autonomia do Direito Comercial, in Problemas das Sociedades Anônimas, p. 87, op. cit.

⁴⁸ A este respeito, merece ser transcrito, ainda hoje, a referência feita por Tullio Ascarelli: “Qualquer que seja a solução dos problemas de jure condendo, parece-me, por isso, constituir a distinção entre direito civil e direito comercial um fenômeno histórico: ela não assenta nas peculiaridades técnicas de uma determinada

O Direito Comercial, porém, não ficou imune a toda a série de evoluções econômicas ocorridas, em especial as mutações do capitalismo desde o início do século XX⁴⁹. Eis aí a razão pela qual, de um lado, pode-se apontar como primeiro traço modificativo o abandono da noção de comerciante e a adoção do conceito de empresa, que passa a ser o novo destinatário de suas normas⁵⁰.

Além disso, também no Direito Comercial ocorreu o fenômeno da descodificação⁵¹. No Direito brasileiro, este fato é flagrante, em face da expressiva fragmentação do Código Comercial, na medida em que as matérias de Direito Comercial mais importantes encontram-se regidas em Lei especial⁵². Houve, portanto, no âmbito do Direito Comercial uma acentuada perda de sistematização, o que retirou o sentido da codificação própria.

Por outro lado, tem sido igualmente referido que uma das funções precípua do Direito Comercial foi a de propiciar uma certa aceleração do desenvolvimento jurídico, em virtude da necessidade dos agentes comerciais em soluções mais céleres para os seus problemas jurídicos⁵³. Nesse quadro, a unificação – mesmo que parcial – do Direito Civil e do Comercial favorece e intensifica este objetivo⁵⁴.

Consolida-se, portanto, a tendência no sentido de inexistir um fundamento para a preservação do Direito Comercial como direito especial. Na doutrina, há quem sustente, de forma aguda, que as matérias tratadas em um manual de Direito Comercial devam ser consideradas como “variações de temas de Direito Civil”⁵⁵.

Nesse contexto, a diretriz adotada pelo Codificador de 2002 no sentido de estabelecer na codificação civil uma disciplina geral para algumas matérias que se encontravam anteriormente vinculadas ao Código Comercial possui uma consistente justificativa.

Estabelece-se deste modo uma forma de unificação parcial do Direito Civil e do Comercial, tendo por instrumento o Código Civil de 2002. Cuida-se, na realidade, de um desenvolvimento natural do Direito privado brasileiro, que, por um lado, não está em desacordo com as suas variantes históricas⁵⁶ e, de outro, vai ao encontro de soluções similares no Direito comparado.

matéria, mas no fato de que determinadas exigências se apresentaram de início em um âmbito limitado, sendo então logicamente limitado o âmbito de aplicação dos princípios jurídicos respectivos. Cf. O Conceito de Direito Especial e a Autonomia do Direito Comercial, in Problemas das Sociedades Anônimas, p. 87, op. cit.

⁴⁹ A respeito, cf. Fábio Konder Comparato, Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa, p. 4, ed. Revista dos Tribunais, 1970.

⁵⁰ Ver, por exemplo, Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, p. 9, 20ª ed., Beck Verlag, que formula a concepção de um Direito comercial como direito privado externo do empresário (“Handelsrecht als Aussenprivatrecht der Unternehmen”).

⁵¹ Para uma visão geral do problema, ver Bruno Oppetit, La décodification du Droit Commercial français, in Études offertes a René Rodière, p. 198, Dalloz, Paris, 1981.

⁵² Esta circunstância ocorre desde o início do século XX, pois a Lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada data de 1919.

⁵³ Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, p. 7, op. cit.

⁵⁴ Ver a este respeito, Francesco Galgano, Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione, p. 33, 34, Zanichelli, 1983.

⁵⁵ No original: “Demgemäß versteht sich dieses Lehrbuch weitgehend als eine Sammlung von Variationen über bürgerlichrechtliche Themen”. Cf. Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, p. 19, op. cit.

⁵⁶ No mesmo sentido, Luis Gastão Paes de Barros Leães, A Disciplina do Direito de Empresa no novo Código Civil, in Revista de Direito Bancário, vol. 21, p. 48; Norberto da Costa Caruso Mac-Donald, O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 16, 1999, p. 21.

Pode-se cogitar, porém, se a solução adotada pela codificação brasileira não poderia ter sido mais profunda na tentativa de integrar outras matérias do Direito Comercial ao Código Civil, a fim de evitar a situação atual, em que o Código Comercial vigora apenas relativamente ao comércio marítimo⁵⁷. Mesmo que matérias como a de falências permaneçam regidas por lei especial, a função integrativa poderia propiciar maior operacionalidade e racionalidade ao Direito Privado brasileiro, mediante um mecanismo integrativo estabelecido em uma única codificação.

b) A Possibilidade de Integração entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor

No que concerne ao tema de utilização do Código Civil de 2002 como instrumento de integração do Direito privado, impõe-se suscitar o questionamento acerca da possibilidade de integração entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor.

Desde a entrada em vigor do Código Civil, entre os diversos pontos examinados sobre o papel do novo Código Civil no Direito privado brasileiro está a sua relação com a Lei de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90)⁵⁸.

As razões para esta reflexão repousam em vários fatores. De um lado, é reconhecido que a Lei de defesa do consumidor exerceu uma inegável função de renovação do Direito privado brasileiro relativamente ao Código Civil de 1916. A Lei de defesa do consumidor positivou em nosso ordenamento figuras que não se encontravam disciplinadas em nossa Legislação Civil. Ao mesmo tempo, a Lei de defesa do consumidor, como acima se referiu, constituiu-se, em nosso ordenamento, na primeira legislação a salientar a importância da boa fé como princípio da relação entre consumidor e fornecedor, acarretando uma sensível alteração principiológica no Direito privado, tendo em vista que o Código Civil de 1916, de concepção marcadamente liberal, não contemplou expressamente a noção de boa fé como princípio geral do Direito das Obrigações.

Por força das alterações introduzidas no ordenamento brasileiro pela Lei de defesa do consumidor, intensificou-se no Brasil a concepção de que o Código Civil perdera o seu papel hegemônico no campo do Direito privado⁵⁹. Em contrapartida, predominariam os microsistemas, espécie de lei especial dotada de princípios e preceitos próprios, distintos do regime geral⁶⁰, de que seria exemplo emblemático a Lei de defesa do Consumidor⁶¹.

⁵⁷ Constituinte-se em um Código 'emasculado', conforme refere com precisão Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A Disciplina do Direito de Empresa no novo Código Civil Brasileiro*, p. 50, op. cit.

⁵⁸ Ver a respeito os seguintes estudos já publicados: Adalberto Pasqualotto, *O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 43, p. 96 et seq.; Carlos Alberto Silveira Lenzi, *O novo Código Civil e aspectos do Direito do Consumidor*, in *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*, p. 99, ed. Revista dos Tribunais, 2003; Cláudia Lima Marques, *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*, in *Revista do Direito do Consumidor*, vol. 45, p. 71 et. seq.; Ruy Rosado de Aguiar Jr., *O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 48, p. 55 et seq.

⁵⁹ Ver a este respeito, Fábio Siebeneichler de Andrade, *Da Codificação – crônica de um conceito*, p. 111 et seq., *Livraria dos Advogados*, 1997.

⁶⁰ Cf. Fábio Siebeneichler de Andrade, *Da Codificação – crônica de um conceito*, p. 134, op. cit.

⁶¹ Cf. por exemplo, Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores*, Forense, São Paulo, 7ª ed., p. 443.

Esta concepção poderia conduzir, à primeira vista, à conclusão de que a Lei de defesa do consumidor não seria permeável aos dispositivos existentes no Código Civil de 2002. Contudo, o Código Civil atual alterou a disciplina de diversas figuras de Direito Civil de caráter geral, trazendo à discussão, como se aludiu, de que modo deve-se pretender harmonizar os seus novos preceitos com o do Código de defesa do consumidor.

Nesse contexto, a indagação a ser feita consiste em saber se o Código Civil de 2002 poderia ter avançado ainda mais como elemento de integração do Direito privado, para estabelecer uma integração entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor.

Em decorrência da tarefa de recodificação, por força dos encargos que ela acarreta no ordenamento jurídico em virtude da revogação da codificação anterior, o código deve necessariamente ultrapassar a função de integrar o Direito Civil com o Direito Comercial. O objetivo que se poderia esperar de um novo Código Civil, com vigência no século XXI, seria a de integrar o Direito Civil com as demais áreas do Direito Privado. Contudo, não se estabeleceu qualquer eixo central a fim de vincular o Código Civil de 2002 à Lei de Defesa do Consumidor.

Conforme já foi referido, esta circunstância revela nítido anacronismo da nova codificação brasileira, na medida em que ela não faz qualquer referência a temas tratados exclusivamente na Lei de Defesa do Consumidor. Pode-se mesmo afirmar que o Código Civil ignora a existência da Lei de Defesa do Consumidor, circunstância baseada provavelmente na idéia de inexistência de vínculo entre esses dois setores.

No Direito comparado, o Direito alemão constitui-se em demonstração recente da implementação profunda e abrangente de integração entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor. Em 2000, realizou-se a primeira parte desta reforma, pela qual os conceitos de consumidor (Verbraucher)⁶² e de empresário (Unternehmer)⁶³ foram incorporados à Parte Geral do BGB, tendo sido inseridas no título I, que trata igualmente das pessoas naturais. Observa-se, aqui, a orientação de vincular o conceito de consumidor e de empresário à noção de pessoa, o que demonstra a visão do Direito alemão de que estes dois conceitos constituem-se em ‘papéis’ que o privado pode desempenhar na esfera jurídica sem alterar a sua conotação de generalidade.

Em um segundo momento, em 2001, modificou-se a parte especial do BGB, a fim de reformar todo o Direito das Obrigações⁶⁴. Por força deste objetivo, integrou-se no Código Civil alemão todas as matérias relativas à tutela do consumidor, tendo sido revogadas todas as leis especiais concernentes ao Direito do Consumidor, que estivessem vinculadas com o Direito Civil.

⁶² No original: “§ 13 – Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann”. Em tradução livre: Consumidor é qualquer pessoa física, que celebra um negócio jurídico sem vinculação a sua atividade comercial ou profissional.

⁶³ “§ 14 – Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss einer Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt”. Em tradução livre: o empresário consiste em uma pessoa física ou jurídica, ou uma sociedade unipessoal, que celebra um negócio jurídico em vinculação com sua atividade profissional ou comercial.

⁶⁴ O nome da lei reflete esta orientação: “Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, lei de modernização do Direito das Obrigações. Ver a respeito, Martin Schwab/Carl-Heinz Witt, Einführung in das neue Schuldrecht, pg. 20 e segs., Beck, 2002.

Em decorrência desta profunda alteração, revoga-se, por exemplo, a *Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz* — *AGB-Gesetz*, Lei sobre as Condições gerais dos negócios, de 1977, lei referencial na Europa e no Brasil, por ser a primeira a estabelecer de forma abrangente o controle das condições gerais de negócios. O tema passa a ser regulado no § 305 e seguintes do *BGB*⁶⁵.

Inclui-se, também, no *BGB* a disciplina relativa ao direito de arrependimento, que anteriormente à reforma também era regida por legislação especial (§ 355 a § 359 do Código Civil alemão).

Na doutrina, há quem tenha reservas quanto a esta orientação do legislador alemão, considerando que se estabeleceu uma contradição interna no âmbito da codificação civil, por força da diversidade de concepção entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor⁶⁶. Reitera-se a noção de que o Direito do Consumidor se ocupa da tutela da parte fraca, enquanto que o Direito Civil repousa sobre o princípio da igualdade das partes.

No entanto, esta crítica não pode prevalecer, pois ela não distingue a noção de igualdade formal e material⁶⁷. Na atualidade é perceptível que também o Direito Civil possui um instrumentário para os casos de desigualdade material entre as partes, como serve de exemplo o próprio Código Civil de 2002⁶⁸. De sorte que não há uma incompatibilidade material que impeça uma integração entre as regras do Direito Civil e do Direito do Consumidor em um mesmo Código⁶⁹. O Código Civil poderia ser o “centro científico” do Direito Privado⁷⁰.

Pode-se conceber que a adoção da fórmula adotada pelo Direito alemão apresenta-se como um passo muito radical para o Direito privado brasileiro, em que a Lei de defesa do consumidor assumiu uma função de defesa da cidadania. Contudo, não pode haver dúvida de que cabe a reflexão acerca da possibilidade de integração entre o Direito Civil e o direito do Consumidor. Em uma perspectiva mais limitada, o Direito italiano também pautou-se por esse objetivo, ao realizar a inserção no Código Civil de 1942 da matéria concernente às cláusulas abusivas, em face da regulação feita pela Diretiva europeia 93/13⁷¹.

⁶⁵ A matéria anteriormente regulada pela *AGB-Gesetz* encontra-se agora disciplinada nos parágrafos 305 a 310 do *BGB*. A respeito, cf. por exemplo: Martin Schwab/Carl-Heinz Witt, *Einführung in das neue Schuldrecht*, pg. 24, op. cit..

⁶⁶ Ver Louis Vogel, *Recodification civile et renouvellement des sources internes*, in *Le Code Civil – Livre du Bicentenaire*, p. 168., Dalloz/Litec, Paris, 2004.

⁶⁷ Para uma visão deste tema no Direito brasileiro e alemão, ver Fábio S. de Andrade, *Vertraglicher Verbraucherschutz: Brasilianische und deutsche Regelungen im Vergleich*, p. 26-39, Duncker & Humblot, 2002.

⁶⁸ Neste sentido, Antonio Junqueira de Azevedo, *Direito dos Contratos*, p. 77, op. cit: “porque o Código de 2002 introduziu institutos ou figuras que visam justamente à proteção da parte mais fraca”.

⁶⁹ Sobre esta questão, ver Fábio S. de Andrade, *Vertraglicher Verbraucherschutz: Brasilianische und deutsche Regelungen im Vergleich*, p. 77-85, op. cit.

⁷⁰ No sentido de vislumbrar o Direito Civil como centro científico do Direito Privado, ver Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de defesa do Consumidor*, p. 262, 4. es. RT Editora, São Paulo, 2002.

⁷¹ Cuida-se dos arts. 1.469 bis a 1.469 sexies relativos às cláusulas “vessatorie” nos contratos entre um “profissionalista” e um “consumatore”. Estes preceitos foram inseridos no Livro IV – Das Obrigações, do Código, título, II, dos Contratos em geral.

Estes exemplos revelam que há não só conveniência no debate sobre a integração do Direito Civil e do Direito do Consumidor, como também se mostra indispensável que o tema seja tratado no Direito brasileiro, para saber se o Código Civil de 2002 pode constituir-se no instrumento apto a desempenhar esta função.

CONCLUSÃO

Em síntese, pode-se concluir da exposição feita que o novo Código Civil brasileiro corresponde a um modelo distinto das codificações do século XIX. Abdica-se da idéia de totalidade que permeava o conceito clássico de codificação e que norteou o Código Civil de 1916.

A nova codificação brasileira incorporou várias figuras e institutos do Direito Civil, que não estavam integradas ao centro do ordenamento jurídico. Nesse sentido, trata-se de uma benesse para a operacionalidade do Direito brasileiro, pois o fato de uma determinada figura jurídica estar inserida no Código Civil, e ser portanto de fácil alcance para o operador do Direito, constitui-se em uma vantagem.

De sorte que o modelo oitocentista de código amolda-se a uma nova época, a fim de adequar-se a uma realidade social distinta e a fim de manter a estrutura, a sistematização, do ordenamento jurídico.

A sumária exposição feita revela, porém, que a codificação brasileira poderia ter adotado uma formulação ainda mais propícia a melhor coordenar a relação entre o Direito Civil geral, codificado, e o Direito Civil especial, regulado pela legislação esparsa. Nesse contexto, o modelo da codificação brasileira padece de certa incompletude, na medida em que não estabelece uma perfeita sintonia entre as duas esferas – geral e especial – do Direito Civil.

Além disso, percebe-se um traço de arcaísmo nas soluções integrativas do Código Civil, pois a preocupação do Codificador resumiu-se em tratar de um tema clássico, a unificação entre o regime das obrigações do Direito Civil e do Direito Comercial. Não se atentou para uma matéria mais recente, o Direito do Consumidor, o que se constitui em objetivo a ser atendido, a fim de que o modelo do Código Civil brasileiro alcance um patamar condizente com as demandas da ordem jurídica atual.