

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO  
EN EL MOMENTO HISTÓRICO  
DE SU PUBLICACIÓN

Ilmo. Sr. D. Lucas ABREU BARROSO (Brasil)

*Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
el día 8 de junio de 2010*



# EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO EN EL MOMENTO HISTÓRICO DE SU PUBLICACIÓN

— I —

**E**l argumento que vislumbra normalidad en la larga tramitación legislativa de un proyecto de codificación jamás debería prosperar, especialmente cuando se trata de un diploma jurídico destinado a vigorizar en la dinámica y compleja sociedad posmoderna, marcada por inúmeros conflictos de intereses y reveladora de las más variadas angustias personales y expectativas en el seno de la sociedad.

Tal vez sea esa la imperfección mayor de que padezca el nuevo código civil brasileño, publicado en 2002. Después de casi tres décadas de confinamiento en el Congreso Nacional —por lo menos la mitad de ese periodo sin cualquier providencia o debate concreto en el sentido de su aprobación— es cierto que trajo innegables conquistas, pero señaló el acentuado descompás entre la sistemática normativa propuesta, el estado actual del conocimiento jurídico y la realidad pulsante en el cotidiano de las relaciones privadas.

Sin embargo, no fue diferente cuando de la edición de su congénere en 1916. Presentado al Congreso Nacional en 1900, el primer código civil del país manifestaba avances y retrocesos, respectivamente, al compararlo con la realidad nacional y a las perspectivas de desarrollo. Ello porque era bastante evolucionado en relación a los idearios del Brasil del siglo XIX, aunque insuficiente para enfrentar los acontecimientos impactantes que transcurrieron al romper del siglo XX.

Tal codificación ha sido pauta en las aspiraciones políticas y económicas de la clase dominante (agraria y liberal) de la época, con vistas a asegurar por medio del individualismo y del patrimonialismo la integral protección de su más auténtico interés, resumido en la propiedad privada. Desde el punto de vista metodológico, por consiguiente, exigía una visión restricta del intérprete y configuraba un sistema jurídico cerrado (o de auto referencia absoluta).

No obstante, el código civil de 1916, ahora ya superado, surgió bajo los auspicios del modelo liberal de Estado de derecho en transición para el paradigma social. No tardarían, pues, tentativas de reformarlo. Primeramente, en la década de 1940, por las manos de Hahnemann Guimarães, Philadelpho Azevedo y Orosimbo Nonato. En seguida, en el transcurso de los años 1960, por incumbencia conferida al genial

civilista Orlando Gomes. Y, finalmente, el proyecto de 1975, elaborado por comisión de juristas supervisada por el ilustre profesor Miguel Reale, que después del su jubileo de plata se concretizaría como el novel diploma civil patrio, una legislación un poco más consonante con la evolución cultural del pueblo brasileño.

Sin embargo el abandono de la materia civil en curso a partir de 1917, después de cumplida la *vacatio legis* de un año, se verificaría de manera decisiva con el movimiento de fragmentación de la sistemática civil que había empezado en la mitad del siglo XX con el despertar de los *estatutos jurídicos*, de que es ejemplo el Estatuto de la Tierra (1964), al cual se siguieron diversos otros microsistemas ahondando las más diversas temáticas relativas al derecho civil, todas colmadas de un vigoroso contenido social, ahora no más relegado en el ámbito de la codificación civil.

Por la labor de la doctrina y de la legislación dispersa, así también, esencialmente, de la jurisprudencia, se pudo verificar una actualización, a la vez que puntual y inconstante, de los institutos civiles codificados. El reconocimiento legal del divorcio, por ejemplo, solamente tendría lugar en el ordenamiento positivo en el comienzo de los años 1980. Por lo tanto, el discurso de los civilistas estaba marcado por una orientación retrógrada e ideológicamente comprometida, así como el conservadorismo se encontraba difundido en cada uno de sus dispositivos.

Así, siendo el longevo código civil de 1916, influenciado por la ideología burguesa del código civil francés y por la estructura sistémica del código civil alemán, además de alejado de la idea primitiva de su elaborador, Clóvis Beviláqua, desde su redacción final, dictaría las bases de la convivencia entre los particulares en una sociedad en manifiesta mutación. Fue una codificación que durante toda su vigencia retrató la parcela socialmente más afortunada, aquélla que realmente buscaba proteger, buscando preservar el derecho de los incluidos.

## — II —

La promulgación de la actual Constitución brasileña, de 5 de octubre de 1988, al superar el régimen militar de más de veinte años y renovar el sustrato ético-valorativo de los principios de la vida política en Brasil, dejaría aún más en evidencia el perfil histórico, típico de la década de 1970, explicitado por el código civil publicado en 2002. Luego, no sería demasiado afirmar: ¡el nuevo código civil ya nació anciano!

También se puede aseverar sin recelo que tal conjunto normativo sería de carácter revolucionario para las relaciones privadas en un escenario jurídico de casi un siglo de tradición y formalismo, a no ser que el texto constitucional no estuviera

debutando en el momento de su entrada en vigor. Todo eso implica comprender que la materia relativa al derecho civil fuera ampliamente disciplinada por el legislador constituyente en los meandros de esa Constitución que instauró el Estado democrático de derecho en la comunidad política nacional.

La Constitución había asumido el eje de la disciplina jurídica de los particulares, posición de la cual no más se alejaría en esos tiempos de teoría constitucional del derecho. El código brasileño de 2002 se constituyó en la primera práctica de recodificación civil del siglo XXI, lo que se mira con amplia reserva, teniendo en cuenta que el único sentido de una codificación en la época corriente sería la de funcionar como repositorio de principios y reglas generales pertinentes a determinado campo del saber jurídico.

Además, la aprobación de la Ley 10.406/2002, que instituyó el código civil, carga la falla de haber sido motivada por hechos, que puede decirse, insólitos. Las causas que posibilitaron la inclusión del proyecto nuevamente en pauta de votación están relacionadas con el intento de desviar la atención de escándalos políticos envolviendo al Senado Federal y a un intento de justificar la actuación de congresistas que fueron acusados de conducta desidiosa en la Cámara de los Diputados. De esa manera, sirvió de “cortina de humo” a los ojos de la opinión pública.

Cuando de la inminencia de su aprobación, la nueva ley civil pasó por una considerable revisión. El texto original sugerido al Congreso Nacional, bastante modificado por ocasión de su proposición y durante el inicio de la tramitación del proyecto, había recibido en dicho momento cientos de enmiendas parlamentarias, dejando aún más evidente la insuperable diferencia entre los períodos de las dos codificaciones. Sin embargo, quedaba muy inferior al deseado por una sociedad celosa por la llegada de nuevos tiempos, con el consecuente reconocimiento de una pluralidad de no-derechos civiles.

No obstante la percepción filosófica que sirvió de fundamento para las elecciones jurídico-metodológicas y dogmáticas constantes del código civil de 2002, sobre todo la superación del positivismo y la inclusión del *culturalismo* como pensamiento dirigente, la comisión encargada de la revitalización del código civil brasileño buscó aprovechar lo más posible la práctica experimentada por la codificación anterior, sin que eso importe necesariamente declarar que no ha habido voluminosas alteraciones formales y materiales de naturaleza sistémica.

Como he dicho en otra parte, Miguel Reale no realizó un trabajo solitario en la preparación del nuevo código civil. Él condujo los trabajos de la comisión responsable para su elaboración y revisión, dado que si bien no era considerado un civilista por vocación estaba flanqueado por distintos estudiosos en materia de derecho civil, cada cual responsable por una parte de la codificación: José Carlos Moreira Alves (parte general), Agostinho de Arruda Alvim (derecho de las obligaciones),

Sylvio Marcondes (derecho de empresa), Ebert Vianna Chamoun (derecho de las cosas), Clóvis do Couto e Silva (derecho de familia) y Torquato Castro (derecho de las sucesiones).

A Miguel Reale le tocó precisamente establecer la estructuración y anunciar, por medio de *exposición de motivos*, las directrices fundamentales para la nueva codificación:

- (a) Comprensión del código civil como *ley básica, pero no global*, del derecho privado, conservándose en su ámbito, por consiguiente, el derecho de las obligaciones, sin distinción entre obligaciones civiles y mercantiles, consonante directriz ya consagrada, en ese punto, desde el anteproyecto del código de obligaciones de 1941, y reiterada en el proyecto de 1965;
- (b) Considerar elemento integrante del propio código civil la parte legislativa concerniente a las actividades empresariales en general, como desdoblamiento natural del derecho de las obligaciones, salvo las materias que requieren disciplina especial autónoma, tales como las relativas a la quiebra, letra de cambio, y otras que la investigación doctrinaria o los imperativos de la política legislativa así lo exijan;
- (c) Mantener, no obstante las alteraciones esenciales indicadas, la estructura del código ahora en vigor, por considerarse inconveniente, en consonancia con la opinión mayoritaria de los juristas patrios, la supresión de la parte general, tanto desde el punto de vista de los valores dogmáticos, como de las necesidades prácticas, sin perjuicio, por supuesto, de la actualización de sus dispositivos, para ajustarlos a los imperativos de nuestra época, como también a las nuevas exigencias de la ciencia jurídica;
- (d) Redistribuir la materia del código civil vigente, de conformidad con las experiencias que actualmente rigen la sistemática civil;
- (e) Preservar, siempre que posible, la redacción de la actual ley civil, por no justificarse el cambio de su texto, excepto como consecuencia de alteraciones de fondo, o en virtud de las variaciones semánticas ocurridas en el transcurrir de más de medio siglo de vigencia;
- (f) Actualizar, sin embargo, el código vigente, no sólo para superar los presupuestos individualistas que acondicionaran su elaboración, sino también para dotarlo de institutos nuevos, exigidos por la sociedad actual, en los dominios de las actividades empresariales y en los otros sectores de la vida privada;
- (g) Aprovechar, en la revisión del código de 1916, como se espera del trabajo científico dictado por las reglas del interés público, las valiosas

contribuciones anteriores en materia legislativa, tales como los anteproyectos de código de las obligaciones, de 1941 y de 1965, así revisado por la ilustrada comisión constituida por los juristas Orosimbo Nonato, Presidente, Caio Mário da Silva Pereira, Relator-General, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Theophilo de Azevedo Santos y Nehemias Gueiros; y el anteproyecto de código civil, de 1963, del que es autor el profesor Orlando Gomes;

- (h) Dispensar igual atención a los estudios y críticas que tales proposiciones suscitaron, a fin de conseguir un cuadro, lo más completo posible, de las ideas dominantes en el país, sobre el asunto;
- (i) No dar cobijo en el código sino a los institutos y soluciones normativas ya dotados de cierta sedimentación y estabilidad, dejando para la *legislación adictiva* la disciplina de cuestiones aún objeto de fuertes dudas y contrastes, en virtud de mutaciones sociales en curso, o en la dependencia de más claros entendimientos doctrinarios, o aún cuando fueran previsibles alteraciones sucesivas para adaptación de la ley a la experiencia social y económica;
- (j) Eliminar del código civil cualesquiera reglas de orden procesal, excepto cuando esten directamente vinculadas al derecho material, de tal manera que su supresión le pudiera mutilar el significado;
- (l) Incluir en la sistemática del código, con las revisiones indispensables, la materia contenida en las leyes especiales promulgadas después de 1916;
- (m) Resguardar los modelos jurídicos válidamente elaborados por la jurisprudencia constructiva de nuestros tribunales, para fijar normas al objeto de superar ciertas situaciones conflictivas, que desde larga fecha han comprometido la unidad y la armonía de nuestra vida jurídica;
- (n) Dispensa de formalidades excesivamente onerosas, como, por ejemplo, la notificación judicial, donde y cuando sea posible obtenerse el mismo resultado con economía natural de medios, o dispensarse la escritura pública, con suficiente documento privado debidamente registrado;
- (o) Consultar entidades públicas y privadas, representativas de los diversos círculos de actividades e intereses objeto de la disciplina normativa, de modo que el anteproyecto, además de apoyarse en los entendimientos legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeros, reflejara los anhelos legítimos de la experiencia social brasileña, en función de nuestras particulares circunstancias;
- (p) Dar al anteproyecto un sentido más operacional que conceptual, buscando configurar los modelos jurídicos a la luz del principio del *reali-*

*zabilidad*, en función de las fuerzas sociales operantes en el país, para que actuaren como instrumentos de paz social y de desarrollo.

Vale resaltar que la referida comisión empezó sus trabajos en los últimos años de la década de 1960, concluyendo el proyecto en los años 1972. Después de extensas y rabiosas discusiones el proyecto ha expuesto la versión definitiva llevada al Congreso Nacional. El resultado de los trabajos fue un proyecto muy criticado en la época, entre otros argumentos, por su falta de actualidad y osadía.

Las motivaciones que inspiraron los códigos civiles de ayer y de hoy, a pesar de divergencias en el discurso y en la intencionalidad, siguen atadas a los intereses de las clases dominantes. El factor subyacente a tal momento histórico es la hegemonía del pensamiento liberal en el orden político-económico, siendo necesario adecuar los reflejos por él provocados en las relaciones jurídico-sociales.

Aunque no se tenga duda sobre las mejoras traídas por los casi diez años de su aplicación, se entiende que la ley civil aún no se ha liberado del estigma de la protección de la propiedad privada y de la exclusión social. Sería, así, más relevante para el debate jurídico que reavivó las alteraciones de fondo originadas del contexto normativo civil. Esto así, porque no ha tenido en consideración temas de extrema actualidad para el cotidiano de la sociedad brasileña contemporánea.

### — III —

El código civil de 2002 utilizó técnica legislativa un poco más actualizada que la de la legislación similar anterior. A tal efecto, el legislador ordinario se sirvió del recurso a los principios, a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados. Pero en gran medida no logró desapegarse de la casuística atinente a las codificaciones clásicas, de la idea de plenitud del ordenamiento civil y de la primacía de las reglas sobre la noción general de principios.

No obstante, para diversos civilistas nacionales el nuevo código civil no habría seguido la tendencia *reguladora* encontrada desde las codificaciones ochocentistas hasta las de mediados del siglo XX, implementando, sí, una función *ordenancista*, de promoción de la paz y del desarrollo social. Con la debida venia, tal alegación está completamente desconectada del resultado que se puede obtener cuando cotejamos el código civil de 2002 con las modernas vocaciones codificadoras.

La sistemática civil pensada para la codificación de 2002 refleja la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale, cuya influencia más destacada se concreta en el resultado final alcanzado por la actuación de los tres principios informadores (extrínsecos y superiores) elegidos para orientar el completo contenido del texto



codificado. Son informadores del nuevo código civil brasileño los principios de la *eticidad*, de la *socialidad* y de la *operatividad*.

La eticidad visando alejar definitivamente el formalismo jurídico en provecho de los valores que deben inspirar el ordenamiento positivo y toda la interpretación jurídica que de él deriva. El rigorismo conceptual es sustituido por la diversidad de realidades que debe el derecho enfrentar y al juez es conferido un espacio mayor de libertad para la creación del derecho. La amplitud conferida a la buena fe objetiva por la nueva codificación demuestra bien la conducta ética deseada por el espíritu del cuerpo legislativo civil.

La socialidad cambiando el perfil individualista y patrimonialista sustentado por el código civil de 1916. Ahora la codificación debe responder con la armonización de los intereses individuales y colectivos. En varios pasajes el texto codificado deja entrever la fuerte presencia de esa postura colectiva en detrimento de la voluntad individual. La previsión expresa de la función social del contrato, en el artículo 421, deja inequívoco el prestigio de tal principio en la nueva codificación.

La operatividad demostrando que las normas civiles están dirigidas a alcanzar un alto nivel de simplificación, por tanto ha de eliminarse cualesquiera tecnicismo que pueda dificultar su interpretación y aplicación. Además, significa la búsqueda por la concreción, resaltando el derecho civil como una práctica social efectiva. Esta orientación principiología conduce a una fácil utilización de los institutos civiles, al mismo tiempo que reclama la realización del derecho civil como proceso de construcción de la decisión más ajustada al caso concreto.

Muchos fueron los cambios provocados por la nueva codificación en la dogmática civil brasileña. Una breve observación en el interior de las disposiciones vigentes revela a nosotros que, en mayor o menor dimensión, los libros del código civil recibieron innovaciones que parece oportuno listar en esta oportunidad:

### **Parte general**

- (a) Reducción de la mayoría de 21 para 18 años;
- (b) Inclusión de un capítulo destinado a los derechos de la personalidad;
- (c) Previsión de la desconsideración de la personalidad jurídica;
- (d) Sustitución del acto por el negocio jurídico mientras categoría general de los actos volitivos lícitos;
- (e) Admisión de la reparación por daño moral;
- (f) Previsión del abuso de derecho en el conjunto de los ilícitos civiles;
- (g) Redefinición de la sistemática de la prescripción y decadencia.

### **Parte especial**

*Derecho de las obligaciones*

- (a) Positivación de la función social del contrato y de la buena fe objetiva como cláusulas contractuales generales;
- (b) Tratamiento diferenciado a los contratos civiles por adhesión;
- (c) Reducción equitativa de la cláusula penal;
- (d) Revisión contractual por onerosidad excesiva;
- (e) Prefijación de intereses moratorios en determinadas hipótesis;
- (f) Objetivación de la responsabilidad civil para actividades de riesgo o con previsión legal;
- (g) Responsabilidad civil del incapaz;
- (h) Disminución de la indemnización desproporcionado al hecho dañoso.

### **Derecho de empresa**

- (a) Recepción de la teoría de la empresa en detrimento del superado acto de comercio;
- (b) Revisión de los tipos societarios;
- (c) Determinación de los principios aplicables a la materia societaria;
- (d) Regulación minuciosa de la sociedad limitada;
- (e) Estipulación de normas aclaradoras sobre las sociedades anónimas y cooperativas.

### **Derecho de las cosas**

- (a) Ratificación de la opción por la teoría objetiva de Ihering;
- (b) Inclusión de nuevas formas de derecho real;
- (c) Positivación, en el orden civil, de la función social de la propiedad;
- (d) Creación de la figura de la expropiación judicial;
- (e) Disminución de los plazos de la usucapión.

### **Derecho de familia**

- (a) División del derecho de familia en existencial y patrimonial;
- (b) Recepción de la unión estable y de su conversión en matrimonio;
- (c) Sustitución del patrio poder por el poder familiar;
- (d) Posibilidad de modificación del régimen de bienes;
- (e) Permiso para la transmisión del deber de alimentos a los herederos.

### **Derecho de las sucesiones**

- (a) Inclusión de un compañero entre los herederos necesarios del otro;
- (b) Confirmación del principio de la indivisibilidad de la herencia;
- (c) Garantía de los derechos hereditarios del nascituro;
- (d) Tutela do cónyuge como heredero necesario;
- (e) Creación de un capítulo específico sobre la petición de herencia.

Sin embargo, esas novedades no resultaron suficientes si recordamos que el código civil es la ley más cercana del ciudadano, lo que generó la expectativa de una total renovación del derecho civil brasileño. Y ello no solamente no se realizó como no posibilitó la participación de sus destinatarios en la fase final de su elaboración. Lamentablemente el código civil de 2002 no está habilitado a dar acceso a los derechos fundamentales individuales y colectivos por medio de la autonomía privada.

La sociedad brasileña en el momento histórico actual ya incorporó los retos políticos, económicos, sociales y tecnológicos relacionados con las más avanzadas naciones del mundo. En similar dirección debe seguir la evolución del derecho civil patrio. Los estudios y la actuación de los juristas en Brasil han demostrado la superación de la postura tradicional que los caracterizaba y ha puesto la discusión jurídica hacia la construcción de un pensamiento innovador vinculado a las teorías jurídicas postpositivistas.

En definitiva, de 2002 hasta los presentes días estuvo encendido en Brasil un intenso movimiento doctrinario, que podrá resultar, por consiguiente, en una substancial renovación jurisprudencial y, en cierto sentido, también legislativa, buscando aproximar más aún la codificación en vigor de los reclamos anhelados por los diversos sectores de la vida privada. La reciente codificación brasileña reavivó el debate sobre los derechos civiles, lo que en términos democráticos significa fijar renovados espacios de participación popular en las conquistas de la ciudadanía.

### Obras consultadas

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL, Francisco. Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 29-87, 1º sem. 2001.
- BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 14, p. 49-54, abr./jun. 2003.
- BRASIL. *Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- CALDERALE, Alfredo. *Diritto privato e codificazione in Brasile*. Milano: Giuffrè, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. IX-CXLVI.
- REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REIS, Clayton. *Inovações ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1.
- TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.