

Orlando Gomes e sua obra

José Carlos MOREIRA ALVES

SUMÁRIO: 1. A obra de Orlando Gomes; – 2. A formação técnico-jurídica e a inclinação sociológica de Orlando Gomes; – 3. A reforma do Código Civil brasileiro e o Projeto de 1965; – 4. O Curso de Direito Civil.

1. A obra de Orlando Gomes

Dos quase quarenta livros que publicou – alguns poucos em colaboração com Nelson Carneiro, Elson Gottschalk e Antunes Varela –, a grande maioria tem por objeto o direito civil.

É certo que sua obra inicial se concentra especialmente no direito do trabalho. De 1936 a 1947, vêm à luz, sucessivamente, “A Convenção Coletiva de Trabalho”, “Direito do Trabalho”, “Estudos”, “Introdução ao Direito do Trabalho” e “O Salário no Direito Brasileiro”. Antes de 1932, havia publicado “o Voto Universitário”, e, em 1933, “O Estado e o Indivíduo”.

Já em 1955, no livro “A Crise do Direito”, predominam os estudos sobre o direito civil: “Humanização do Direito Privado”, “Conteúdo de Classe do Direito Civil”, “Singularidade do Código Civil Soviético”, “Elegia do Código de Napoleão”, “Variações sobre a Reforma do Código Civil”, “A Despersonalização da Propriedade”, “A Crise da Responsabilidade Civil”, “Distinção entre Lesão e Usura”, “A Crise do Direito Matrimonial”, “A Evolução do Direito Privado e o Atraso da Técnica Jurídica” e “O Direito Privado nos Países Socialistas”.

De 1957 a 1970, escreve Orlando Gomes os seis volumes que versam a parte geral e a parte especial de nosso Código Civil de 1916: “Introdução ao Direito Civil”, “Direitos Reais”, “Contratos”, “Obrigações”, “Direito de Família” e “Sucessões”. E sua obra estritamente didática, cuja aspiração de seu autor, ao escrevê-la, foi a de compor um tratado elementar destinado, precipuamente ao ensino do direito. Daí, é visível nela sua preocupação com a precisão, a simplicidade e a clareza, virtudes capitais do compêndio escolar. Mas o que caracteriza esse Curso de Direito Civil e o distingue marcadamente dos vários existentes em nosso país são os resultados da conjugação, em Orlando Gomes, da arraigada formação técnico-jurídica à apurada sensibilidade quanto às mutações sociais do mundo moderno.

Nesse mesmo período, sua produção é intensa, e quase toda voltada para o direito civil: “Questões de Direito Civil” (1958), “Razões Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro” (1958), “Direito Privado (Novos Aspectos)” (1961). “Direito e Desenvolvimento” (1961), “Anteprojeto do Código Civil” (1962), “Memória Justificativa do Anteprojeto de Código Civil” (1963), “A Reforma do Código Civil” (1965), “Transformações Gerais do Direito das Obrigações” (1967) e “Alienação Fiduciária em Garantia” (1970). A par desses livros, encontrou tempo ainda para escrever, em 1959, “Marx e Kelsen”, e, em 1963, em colaboração com Elson Gottschalk, “Curso de Direito do Trabalho”.

Nas duas décadas finais de sua vida, a produção intelectual não esmorece, e o direito civil continua o objeto de sua preferência: “Contrato de Adesão” (1972), “Novas Questões de Direito Civil” (1979), “O Novo Direito de Família” (1979), “Escritos Menores” (1981), “Novíssimas Questões de Direito Civil” (1984), “Novos Estudos de Direito Civil” (1985), “Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho” (1986) e “Questões mais recentes de Direito Privado” (1988). Em outras áreas, publica, em 1972 e em 1973, respectivamente: “Harengas” e “Questões de Direito do Trabalho”.

Como pôde Orlando Gomes, ao longo de uma vida intensa como jurista, advogado e professor, escrever obra tão vasta quanto profunda? A essa indagação responde Antunes Varela, que, no período em que se afastou de Portugal por motivos políticos, com ele conviveu:

O segredo desse prodígio reside na facilidade assombrosa com que Orlando Gomes sabe dominar o tempo.

Cada tarefa tem um lugar próprio na atividade programada da sua semana de trabalho.

A manhã é para o estudo, a investigação, o ensino, de acordo com o programa traçado de véspera; a tarde, para a advocacia; a noite, para a família, os amigos, a televisão. Os períodos de repouso, no sábado e no domingo, são em regra para a literatura (nomeadamente de romances policiais) e o recreio do espírito. E a esta divisão sistemática de trabalho corresponde uma contenção rígida de espírito, como se o investigador, o advogado e o ensinante fossem três pessoas distintas, habitando sucessivamente na mesma sede psicossomática¹.

¹ Perfil do Autor, in ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993, p. XVIII.

2. A formação técnico-jurídica e a inclinação sociológica de Orlando Gomes

Em artigo – “Orlando Gomes e a Sociologia do Direito” – publicado nos “Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes”, que a Forense editou em 1979, Zahidê Machado Neto faz esta observação:

O que mais impressiona a quem observa trabalhos de teor sociológico de Orlando Gomes é a sensibilidade por ele demonstrada para com os fenômenos sociais; e essa impressão ainda é mais profunda em quem se acostumou à sua obra de jurista rigoroso e esquemático, preocupado, acima de tudo, com a verdadeira dogmática jurídica².

Com efeito, a sólida formação técnico-jurídica de Orlando Gomes se evidencia em toda a sua obra. Nela, demonstra estar familiarizado com as mais modernas teorias sobre os diversos institutos do direito civil, hauridas, principalmente, nos civilistas italianos, franceses e alemães, nestes por via, em geral, de traduções espanholas. Desde jovem, revelou-se decidido revisionista do dogmatismo clássico, convencido da necessidade de uma nova dogmática jurídica, para a melhor adaptação do direito aos fatos do mundo moderno. Em “A evolução do direito privado”, acentua o valor do *conceito* para o direito:

Dos *conceitos* à *terminologia*, passando pelas *classificações*, pelas *construções* e pelas *ficções*, tudo são processos intelectuais destinados a revelar o Direito.

Dentre eles sobreleva, sem receio de contestação, o *conceito*. O Direito é eminentemente conceitual. Precisa das noções gerais. Sem elas, não seria possível entendê-lo. O que se quer é que essas abstrações sejam imbuídas dos dados da realidade, para que não percam seu sentido funcional³;

mas, logo em seguida, adverte:

O que interessa frisar é que, na sua maioria, os conceitos são *mutáveis*, porque inferidos da observação das necessidades sociais pela mentalidade dominante. Esses *conceitos evolutivos* são os que definem o processo de desenvolvimento do Direito. Não são unicamente aquelas construções do espírito destinadas a sintetizar as soluções do direito positivo, como quer Gaston Morin. São abstrações que esquematizam a realidade emergente dos dados da vida social.

² P. XXIX.

³ In *A Crise do Direito*, São Paulo, Max Limonad, 1955, p. 243.

Desse modo, a exata conceituação é o processo técnico mais preciso para favorecer, e, por vezes, precipitar a evolução jurídica⁴.

Por toda a sua vida, manteve-se fiel a essa diretriz. Em diversas passagens de sua obra, ataca a Escola Pandectista, pelo imobilismo conceitual decorrente de suas concepções e pela influência por ela exercida nos juristas do século XX. Assim, no livro “Transformações Gerais do Direito das Obrigações”, Orlando Gomes, depois de aludir à perfeição lógica da construção da teoria do negócio jurídico feita por essa Escola, a profliga com estas palavras:

Obcecados pela idéia da sistematização, os pandectistas vêm nos conceitos jurídicos realidades lógicas que se tornaram independentes, para sempre, dos valores jurídicos. Tinham-nos, por outras palavras, como absolutos e imutáveis.

Esse método padecia de um vício capital assinalado por Gény, com apoio em von Ihering, – o de esquecer que as normas jurídicas e as soluções que sancionam estão essencialmente determinadas pelo fim prático e social das instituições⁵.

Essa postura, num jurista – como o foi Orlando Gomes – particularmente atento é técnica jurídica, decorreu, sem dúvida, de suas preocupações sociológicas, que jamais o deixaram situar-se no plano das puras abstrações. A atualização do direito civil lhe foi aspiração constante. A temática de sua obra monográfica é reveladora. No livro “A Crise do Direito”, a técnica é a do desajustamento do direito aos tempos modernos, e a necessidade de sua revisão, sempre combatida pela incompreensão da maioria dos juristas, para impedir o grande número de instituições jurídicas que “vivem hipocritamente através de conceitos fraudulentos, falsificações grosseiras e ficções bizarras”⁶. E desajustamento que se observa especialmente no campo do direito civil, como procura demonstrar nos estudos que esse livro enfeixa e que tratam das “Variações sobre a Reforma do Código Civil”, do “Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade”, da “Despersonalização da Propriedade”, de “A Evolução do Direito Privado e o Atraso da Técnica Jurídica”, e das crises da responsabilidade civil e do direito matrimonial. A “Elegia do Código de Napoleão” – outro estudo contido no mesmo livro – é, mais propriamente, uma nênia, como se vê do título de seus itens finais: “Declínio do Código de Napoleão; o preconceito da intangibilidade”, “O Código em mora com os fatos” e “Decomposição do Código”. De novos institutos no direito civil contemporâneo se ocupam seus livros “Transformações

⁴ Ibidem.

⁵ 2ª edição, nº 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 4.

⁶ A *Revisão do Direito*, in *A Crise do Direito*, p. 19.

Gerais do Direito das Obrigações”, “Contrato de Adesão” e “Alienação Fiduciária em Garantia”. Na primeira dessas obras, analisa a decadência do voluntarismo jurídico, examina figuras novas de contrato, como o coativo, o necessário, o autorizado, o regulamentado; estuda a distinção entre negócio jurídico e ato jurídico, bem como os atos vinculados em direito privado; e, no tocante ao contrato, procura demonstrar que dá ele, também, sinais de crise, no que diz respeito à sua noção e à sua eficiência, pelo “abalo que vem suportando o princípio de sua força obrigatória”⁷. A mesma tendência se verifica na coletânea de trabalhos que publicou em 1961 sob o título “Direito Privado (Novos Aspectos)”. Aí se encontram estudos sobre a influência do direito público sobre o direito privado e sobre pontos sensíveis do direito matrimonial, como o poder marital, a mulher e os regimes matrimoniais e o poder doméstico da mulher casada, temas estes a que dedicou, mais tarde, o livro “O Novo Direito de Família”. Nos meados da década de 80, em “Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho”, volta a manifestar a mesma preocupação que o acompanha desde os primeiros tempos de sua atividade, ao enfrentar problemas novos como o da natureza jurídica do *software* (estudo que, no ano anterior, havia publicado, sob o título “A Proteção dos Programas de Computador”, em obra coletiva sobre a proteção jurídica desses programas), o da multipropriedade, o das novas dimensões da propriedade privada e o dos novos rumos do direito civil, onde salienta que o direito civil contemporâneo se orienta para os sete seguintes pontos principais: “1) a emigração para o direito constitucional das suas instituições económicas; 2) o ocaso da codificação; 3) a modernização da família; 4) o giro da propriedade para a empresa; 5) a crise da autonomia privada; 6) a transição de responsabilidade para o seguro; 7) a marginalidade do direito das sucessões”. E, no ensaio, que também se encontra nessa coletânea, concernente ao princípio da boa-fé no Código Civil português de 1967, saúda, nesse terreno, a atualidade dessa Codificação, em passagem que sintetiza suas aspirações de modernidade:

Sob o aspecto filosófico, a inovação do Código acolhendo o *princípio da boa-fé* nas suas diversas projeções significa o abandono do formalismo, do logicismo, do conceitualismo, dominantes na ciência jurídica do século passado, que fizeram dos juristas simples autómatos e, na sua ambição de tratar o direito como se fora a geometria, não se aperceberam seus corifeus de que é *um aspecto da cultura e o espelho de uma época*.

Emancipando-se da *Pandektologia*, o Codificador português acertou o passo com a tendência dominante na ciência jurídica dos novos tempos, atestando o propósito de reformar sinceramente a legislação

⁷ *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 80.

civil e demonstrando atualização de conhecimentos⁸.

3. A reforma do Código Civil brasileiro e o Projeto de 1965

O interesse, que sempre revelou pela transformação dos institutos jurídicos na busca de sua adequação com as mutações sociais de mundo moderno, levaria Orlando Gomes, desde cedo, a preocupar-se com a necessidade de revisão do Código Civil brasileiro.

Em “A Crise do Direito”, trata desse problema em ensaio intitulado “Variações sobre a Reforma do Código Civil”. Nesse estudo, depois de salientar que “o Código Civil Brasileiro figura entre os mais recentes monumentos jurídicos da humanidade como uma das mais perfeitas expressões normativas da doutrina individualista e liberal”⁹, sustenta que o sentido da revisão desse Código é o de que a sua reforma “se há de cumprir no superior propósito de sua popularização”¹⁰, pois “a doutrina individualista mascarou o cunho aristocrático da legislação civil pelo solerte expediente de igualar juridicamente todos os homens”¹¹, e “ignorou sarcasticamente a existência de pobres na sociedade”¹². Afirma que a socialização do direito é o “espírito democrático, igualizante e majoritário, que anima todos os anseios de reforma da legislação, sem sentido faccioso, sem inspiração sectória”¹³, e, após analisar as mais expressivas manifestações desse espírito nos diferentes terrenos do direito civil, conclui com estas palavras:

Muitas transformações enunciadas vêm sendo previstas ou almeçadas desde o século passado. Contudo, não perderam sua potencialidade. Permanecem, como direito ideal, aguardando o momento propício para se converterem em direito positivo.

Outras já têm curso na lei escrita de outros povos e o favor de uma experiência convincente.

Algumas podem parecer antecipações audaciosas do desenvolvimento social. Talvez o sejam. Mas, é preciso não esquecer, como dizia Menger, que aquilo que hoje se reputa uma aspiração utópica, a geração vindoura encarará como um lugar comum, e, depois de um século, será considerado um velho preconceito.

Nestas variações não há preocupação de proselitismo. Não passam, em verdade, de sincero convite para que se medite sobre um tema que monopolizará a atenção dos juristas.

Os grandes problemas políticos que se contêm na essência das

⁸ *O Princípio da Boa-Fé no Código Civil Português*, in *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Aidé Editora, 1986, p. 55.

⁹ P. 125.

¹⁰ P. 126.

¹¹ Ps. 126/127.

¹² P. 127.

¹³ P. 127.

instituições fundamentais do Direito Civil justificam a importância excepcional que a sua reforma terá na reconstrução de sociedade não para uma nova ordem, mas para um mundo melhor¹⁴.

Em 1961, em “Direito Privado (Novos Aspectos)”, republica Orlando Gomes ensaio que fora editado anteriormente, em 1958, sob o título “Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro”, e que, muito mais tarde, em 1986, viria novamente à luz em “Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho”, como que a demonstrar a importância que o autor lhe atribuía. Nele, exalta Orlando Gomes o Código de 1916 como “um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse”¹⁵. Ao lado daquela republicação, Orlando Gomes insere, na mesma coletânea, dois novos ensaios intitulados “O Código Civil e sua Reforma” e “Reflexões sobre a Revisão do Código Civil”, no primeiro dos quais se propõe ‘a demonstrar que o Código Civil pode sobreviver, atualizando-se mediante processos técnicos. E a homenagem que presto a Clóvis Beviláqua, o codificador”¹⁶; e, no segundo, examina as questões da oportunidade e do método dessa revisão.

Em maio deste mesmo ano – 1961 —, foi Orlando Gomes convidado pelo então Ministro da Justiça, Oscar Pedrosa D’Horta, para redigir um Anteprojeto de Código Civil, primeiro passo para a revisão do Código vigente. Em outubro de 1962, assinou ele com o Governo Federal contrato pelo qual se obrigava a concluir o Anteprojeto até 31 de março de 1963, prazo que foi cumprido. Ainda em 1963, publicou Orlando Gomes a “Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil”, onde, após salientar que,

Redigido no pensamento de atualizar, com espírito de sistema, a legislação civil, o Anteprojeto coordena e consolida alterações introduzidas no Código por leis esparsas, e inova em inúmeros pontos.

Sem esse propósito de inovar não se justificaria a reforma do Código Civil¹⁷,

dá as diretrizes que o nortearam na elaboração dele¹⁸:

¹⁴ P. 115.

¹⁵ *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, in *Direito Privado (Novos Aspectos)*, Rio de Janeiro/São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 114.

¹⁶ P. 115.

¹⁷ Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963, p. 19.

¹⁸ Ps. 23/26.

- a) estar atento à regra da adaptabilidade da lei à vida, para não se distanciar da realidade brasileira;
- b) modificar, para implantar no Anteprojeto “idéias aceitáveis pela maioria da parte esclarecida mais consciente e mais responsável da população”;
- c) não cometer “o equívoco de comunicar com a tradição os sentimentos e convicções que apenas refletem o atraso económico e cultural de certas regiões ou setores que ainda não assimilaram as novas idéias ou não adotaram os novos comportamentos”;
- d) não conservar institutos anacrónicos, ou, pelo menos, envelhecidos, “em nome de uma tradição inautêntica”; nem, em sentido oposto, “introduzir no Código disposições que subvertam as instituições, desarticulando-as a pretexto de conformá-las a um processo revolucionário que alguns desejam ativar”; e
- e) reempregar, na reconstrução “desse belo edifício desmantelado” que é o “atual Código Civil, muitos de seus materiais, sem se limitar, contudo, a uma simples restauração.

O Anteprojeto, revisto por comissão sob a presidência de Orozimbo Nonato, foi encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em outubro de 1965. As críticas, porém, que se fizeram a ele, principalmente no terreno do direito de família, levaram o Executivo, em junho de 1966, a retirá-lo.

As principais inovações que pretendia ele introduzir em nosso direito foram as seguintes:

I. quanto à distribuição da matéria:

- retirava-se do Código Civil o livro relativo às Obrigações, tendo em vista a elaboração do Projeto de Código das Obrigações (à semelhança do que existe no direito suíço e no direito polonês), onde se fazia a unificação parcial do direito civil com o direito comercial; e
- o Projeto, ao contrário do atual Código Civil, não apresentava a Parte Geral (que, na sistemática do Código, compreende as normas gerais sobre as pessoas, os bens e os fatos jurídicos), sendo seu conteúdo distribuído pelos diversos livros do Projeto de Código Civil, e, no concernente ao negócio jurídico, colocado na parte primeira do

Projeto de Código das Obrigações;

II. quanto aos diferentes institutos jurídicos:

1) no tocante às pessoas:

- a maioria passava a ocorrer aos dezoito anos, cessando a incapacidade absoluta aos quatorze; e aos dezesseis podia ser concedida ao menor a emancipação voluntária;
- o ato de emancipação podia ser cassado pelo juiz, quando o menor emancipado demonstrasse incapacidade de administrar os bens;
- disciplinavam-se os direitos da personalidade;
- modificavam-se os conceitos de domicílio e de residência, admitindo-se a ausência de domicílio; e
- três anos depois do trânsito em julgado da sentença que declarasse a morte presumida, poderia seu cônjuge contrair novo casamento; se o que foi declarado morto reaparecesse, o segundo matrimônio seria considerado nulo, mas produziria os efeitos do casamento putativo);

2) relativamente ao direito de família:

- a idade mínima para contrair casamento passava a ser de 16 anos para o homem, e 14 para a mulher;
- suprimiam-se alguns dos impedimentos matrimoniais consignados no Código Civil;
- distinguia-se a capacidade matrimonial dos impedimentos matrimoniais;
- alterava-se o conceito de erro essencial quanto à pessoa de um dos cônjuges, como fundamento de anulação de casamento;
- se o regime de bens fosse o da separação absoluta, dispensar-se-ia a outorga de um dos cônjuges para que o outro pudesse alienar ou gravar de ônus real seus bens imóveis, ou seus direitos reais sobre imóveis alheios; ou pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos;
- a posição dos cônjuges, nas relações entre si ou com os filhos, passava a ser, em geral, de absoluta paridade;
- o regime de separação de bens com a comunhão de aquestos se tornava o regime legal de bens;
- era abolido o regime dotal; e o mesmo ocorria com o da comunhão parcial como disciplinado no Código Civil;
- admitia-se, durante a constância da sociedade conjugal, a retratabilidade do regime de bens; e
- o filho nascido na constância do casamento, qualquer que fosse a época de sua

concepção, seria legítimo;

3) no concernente ao direito das coisas:

- acentuava-se a função social do direito de propriedade, prescrevendo-se, no artigo 375, que “a propriedade não pode ser exercida em desacordo com seu fim económico e social”, e, no artigo 377, que “a propriedade, principalmente quando exercida sob a forma de empresa, deve conformar-se às exigências do bem comum, sujeitando-se às disposições legais que limitam seus conteúdos, impõem obrigações e lhe reprimem os abusos”;
- disciplinava-se a passagem de cabos elétricos e de canos de gás em terreno alheio; e,
- quanto aos direitos reais limitados, além de se abolirem o uso, a habitação e a anticrese, adotavam-se normas para estimular a extinção da enfiteuse; e

4) no que dizia respeito ao direito das sucessões:

- eram chamados à sucessão legal os colaterais apenas até o terceiro grau;
- o cônjuge passava a incluir-se entre os herdeiros necessários, tendo direito, a título de legítima, à metade dos bens do outro, se não houvesse descendentes ou ascendentes; e à quarta parte desses bens, se concorresse à sucessão com os filhos do outro cônjuge ou com os ascendentes deste, desde que o casamento não tivesse sido celebrado no regime da comunhão universal de bens;
- a legítima não comportava cláusula de inalienabilidade;
- reconhecia-se direito sucessório à companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo; e
- restringia-se a substituição fideicomissária, que era admitida apenas em favor dos descendentes do testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte.

No ano mesmo em que esse projeto foi encaminhado ao Congresso – 1965 – Orlando Gomes publicou o livro “A Reforma Código Civil”, em que teceu considerações sobre essa reforma, analisando seus lineamentos gerais, propósitos e diretrizes, razões e rumos, modo de elaboração, oportunidade e método empregado, além de destacar as principais alterações e inovações feitas. Nessa obra, sustentou a necessidade de uma reforma global do Código Civil e não de sua mera atualização por meio de simples retoques. Fiel à sua linha de pensamento, não deixou de acentuar que “a tendência instintiva dos juristas para a conservação do direito em vigor os indispõe contra toda inovação, de sorte que toda reforma provoca forte resistência, mesmo que preserve as bases ideológicas do Código no que têm de irredutíveis”.¹⁹

¹⁹ *A Reforma do Código Civil*, pág. 22, publicações da Universidade da Bahia, São Paulo, 1965.

Anos mais tarde, em ensaio intitulado "O Problema da Codificação", publicado em "Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho", aderiu ao movimento de descodificação do direito civil, dizendo:

O movimento de descodificação do direito civil acelerou-se a partir do momento em que o problema passou a ser tema de debates em congressos de civilistas, como o de Roma, realizado em 1979 e o de Caracas, reunido em 1982.

Os ensaios produzidos e as discussões travadas atestam a inclinação da maioria dos participantes para o entendimento de que a "idade da descodificação" já começou e que o oca- so dos códigos civis parece ser um fato irreversível;²⁰

e, depois de apontar as razões que indicavam, usando palavras de Shlegelberger, que estava na hora de "despedir o Código Civil", arrematou:

Foi-se o tempo em que, exprimindo o sentir dos meios cultos do século XIX, Rui Barbosa superestimava os códigos e manifestava o seu deslumbramento pelo Código Civil alemão, convencido de que o processo cultural da codificação era um sinal e uma prova do avanço cultural de uma nação. Hoje é, em meu parecer insulto à lógica do tempo.²¹

É certo, porém, que, não obstante esse movimento, vários Códigos Civis têm sido promulgados dos meados da década de setenta aos nossos dias. Assim, em 1975, o Código Civil da Bolívia; em 1984, o do Peru; e, em 1985, o do Paraguai. Na Argentina, não obstante o Código Civil tenha sido objeto de reforma em 1968, tramita no Parlamento o Projeto de Unificação da Legislação Civil e Comercial. No Brasil, retomase, no Senado Federal, o exame do Projeto de Código Civil encaminhado em 1975 ao Congresso Nacional, e aprovado, em 1984, pela Câmara dos Deputados.

4. O Curso de Direito Civil

Traçando o perfil de Orlando Gomes, Antunes Varela, no tópico relativo à dignidade científica da obra do retratado, observa:

Os seus trabalhos começam por denotar uma franca alergia pelo conhecimento puramente empírico do Direito, traduzi do na análise

²⁰ Pág. 131.

²¹ Pág. 133.

exegética dos textos da lei ou na passiva descrição das puras situações de fato.

Nunca a mentalidade prática do advogado se impôs, neste ponto, ao pensamento teórico do escritor; a formação mental do jurista é que continuamente modela a atividade profissional dos juristas.

Raras vezes se encontra nos livros didáticos, que são o núcleo essencial da sua obra, a citação de um acórdão ou a menção de uma sentença judicial; como poucas vezes se depara, na enunciação de um problema, com a figuração do exemplo concreto capaz de ilustrar a aplicação prática da teoria que o soluciona.

O raciocínio do jurista nato sente-se irresistivelmente atraído para outras zonas do pensamento, onde a elaboração científica do Direito melhor se distingue da observação contemplativa das particularidades do fato ou do comentário casuístico das decisões²².

A obra estritamente didática de Orlando Gomes se consubstancia nos seis volumes que, em seu conjunto, formam o curso de direito civil, e que na ordem de sua publicação, iniciada em 1957 e concluída em 1970, são estes: "Introdução ao Direito Civil", "Direitos Reais", "Contratos", "Obrigações", "Direito de Família" e "Sucessões". A aspiração de seu autor, ao escrevê-la, foi a decompor um tratado elementar destinado, precipuamente, ao ensino do direito. De certa forma, é o próprio Orlando Gomes que o revela com estas palavras com que inicia o prefácio à 1ª e à 6ª edições dos "Direitos Reais": "Este tratado elementar dos direitos reais foi escrito com o pensamento nos estudantes, seus inspiradores e destinatários".²³ E, no prefácio à 3ª edição de "Sucessões", alude Orlando Gomes, a que, nesse livro, "se apresenta despretensiosamente, como se fora o derradeiro tomo de um de Curso Direito Civil o quadro das relações e atos jurídicos tradicionalmente compreendidos na parte especial do Direito das Sucessões".²⁴ Por ter essa natureza, é visível nela a preocupação do autor com a precisão, simplicidade e clareza, virtudes capitais do compêndio escolar. Di-lo Orlando Gomes em várias passagens, especialmente nestas duas:

A sua aspiração (trata-se do livro "Direitos Reais") é facilitar a aprendizagem. Não seria difícil nem penoso compilar abundante material e perpetrar grosso volume, pejado de transições e notas, a transpirar erudição, as mais das vezes indigesta.

O propositado sistema seguido foi, porém, o da exposição sucinta, sem descaramento de incidências críticas. Todo o esforço se empregou para conseguir uma condensação que não sacrificasse o essencial. Afinal, síntese e clareza foram os polos de uma preocupação

²² Ob. cit., pág. XIII.

²³ *Direitos Reais*, 8ª ed., pág. IX, Forense, Rio de Janeiro, 1983.

²⁴ *Sucessões*, pág. XI, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981.

obsessiva na elaboração do trabalho²⁵

e

Conserva o compêndio (é o relativo aos contratos) a preocupação da clareza pedagógica. Obsessivamente. Também o Autor como Vicente Ráo, está advertido de que a clareza tem o defeito de fazer parecer superficial, mas, no mesmo modo que ele, não infere desse aviso, a conveniência de ser obscuro para parecer mais profundo.²⁶

O que, porém, caracteriza esse curso de direito civil, e o distingue marcadamente dos vários existentes em nosso país, são os resultados da projeção nele, de forma evidente, da conjugação, em Orlando Gomes, da arraigada formação técnico-jurídica e apurada sensibilidade quanto às mutações sociais do mundo moderno. Em "Introdução ao Direito Civil", ao referir-se à técnica jurídica, e depois de dizer que os mais importantes processos técnicos pelos quais o direito se realiza são os conceitos, as categorias, as construções, as ficções e as presunções, acentua:

A necessidade de conhecer a técnica do Direito não precisa ser encarecida. Inviável seria a adaptação das regras jurídicas aos casos concretos ou especiais sem o emprego desses meios e processos. Sem eles, o Direito não pode ser realizado. As operações intelectuais em que se informam são, com efeito, indispensáveis à compreensão e aplicação do Direito.²⁷

Mais adiante, nessa mesma obra, aludindo ao tecnicismo do Direito Civil, salienta que o estudo desse ramo do direito intimida os iniciantes por dois motivos principais: o tecnicismo e a complexidade. Mas, acrescenta que, estando a vida social impregnada do direito civil, que disciplina os mais corriqueiros atos que quotidianamente praticamos, é mero preconceito termos como seu objeto a solenidade e a artificiosidade das relações jurídicas. E conclui:

Compreende-se, porém, que tenha a sua técnica, a qual, embora apurada, não o transforma "numa ciência misteriosa, isolada da vida". Para aprendê-la, é importante, todavia, conhecer o meio social onde se vive. Tanto mais se conheça, melhor se dominará a matéria.²⁸

Esse binômio – conhecimento da técnica jurídica e do meio social em que se vive –

²⁵ *Direitos Reais*, pág. IX, 8¹ ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983.

²⁶ *Contratos*, pág. XII, 8¹ ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981.

²⁷ N. 5, pág. 9.

²⁸ N. 17, pág. 32.

transparece em todos os seis livros que integram a obra didática de Orlando Gomes. Neles, evidencia-se o tecnicismo do autor, sempre a par, inclusive, das doutrinas mais modernas. Suas exposições são eminentemente teóricas, sem referências a casos exemplificativos, sem remissões à jurisprudência dos Tribunais, e – o que é digno de nota –, embora se trate de um curso de direito civil, na maioria dos livros que o compõem (assim, na "Introdução ao Direito Civil", nos "Direitos Reais", nos "Contratos" e no "Direito de Família"), há extrema parcimônia na referência aos textos do Código Civil, sendo que nas "Obrigações", onde essas chamadas são menos raras, e nas "Sucessões", em que chegam a ser abundantes, colocam-se elas em nota de pé de página, sem interferência, portanto, no texto.

A preocupação do autor com os fenômenos sociais, e especialmente com as mudanças ocorridas na sociedade moderna, é também uma constante nessa obra de natureza didática. Ao descompasso entre o direito positivo e os fatos sociais do mundo contemporâneo Orlando Gomes se refere nos prefácios e nos textos dos diversos volumes que integram esse curso de direito civil.

No preâmbulo da "Introdução ao Direito Civil", depois de aludir ao envelhecimento da política legislativa e da própria dogmática do direito, salientando que o conceitua/ismo pandectista está gasto e desfigurado, acentua que "a partir do momento em que novas exigências econômicas, políticas e sociais suscitaram outras diretrizes para a elaboração e aplicação do Direito, passou-se a sentir a necessidade de reformular os conceitos, de renovar o instrumental jurídico, de modificar o próprio método de sua revelação, de intentar, em suma, uma revisão crítica".²⁹ Não foram as instituições, como a propriedade e o contrato, que entraram em decadência, como chegaram a afirmar notáveis juristas, mas o raciocínio jurídico é que "deixou de corresponder às realidades sobre as quais se edificara".³⁰ Tendo a ciência pandectista tomado do contrato como sendo o instrumento, por excelência, da vida econômica, elaborou sobre ele a teoria do negócio jurídico, exaltando a autonomia privada, e que se ajustava com a realidade social da época. Essa construção dogmática, porém, ruiu com as exigências sociais do presente, e, por isso, "o princípio de equivalência das prestações assume novas formas de expressão, o da relatividade dos efeitos do contrato ganha nova dimensão e o da imutabilidade de sua eficácia encontra, em diversas teorias, o fundamento de sua rejeição em determinados casos. O próprio conceito de responsabilidade se subverte, deixando de ser a culpa, em situações cada vez mais numerosas, o suporte da obrigação

²⁹ Pág. XXI.

³⁰ Pág. XXI.

de indenizar".³¹ Por isso, adverte Orlando Gomes que "urge assim reformular os conceitos a fim de ordenar, em termos congruentes, as expressões jurídicas da cultura dos no- vos tempos, aproximando a realidade jurídica da realidade social, mediante esforço dogmático que alcance o nível das grandes construções teóricas".³² E conclui, com certo tom de melancolia: "Mas, a despeito dos esforços dos mais lúcidos cultores da ciência jurídica para atualizá-la, sintonizando-a com as novas exigências sociais e velhas aspirações humanas inatendidas, conserva-se o Direito do- minado, na política que o orienta e na técnica que o exprime, pela filosofia que o marcou no século passado, continuando os compêndios a reproduzir conceitos já inadequados".³³

No corpo desse mesmo livro, dedica um capítulo à "modernização do direito civil". Nele, acentua que a concepção individualista do direito corresponde, na ordem econômica, ao capitalismo, e, na ordem política, ao liberalismo. Os dois princípios que decorrem dessa concepção e que norteiam o sistema jurídico são o da igualdade formal e o da liberdade civil. Contra esse individualismo, porém, ganhou força a reação que surgiria tímida no final do século passado e as transformações modernas na ordem econômica e política, consagrando-se a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais, o que torna "irrecusável a afirmação de que o direito civil está sofrendo transformações radicais à medida que concilia a liberdade do indivíduo com a justiça social".³⁴ Essas transformações ocorrem em todas as instituições do direito civil: na propriedade, no contrato, na família, na herança e na responsabilidade civil. E, depois de observar que os direitos privados estão se transformando no conteúdo e na técnica para o seu exercício, embora as tentativas de reconstrução de uma nova ordem jurídica ainda não tenham conseguido fazer uma reconstrução sistemática, examina Orlando Gomes os reflexos negativos do individualismo sobre a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil, bem como as transformações sociais que se refletem na organização da família, a exigir substanciais mudanças de disciplina, mas também, na herança, pela vinculação mais estreita, que se impõe, de se subordinar o direito das sucessões aos interesses da família, restringindo-se, energeticamente, a liberdade de testar.

A esses temas Orlando Gomes nos volumes de seu curso a que eles se prendem, e aí os analisa mais detidamente, no afã, que sempre teve, de demonstrar o desajustamento do direito positivo com os fatos sociais contemporâneos.

³¹ Pág. XXIII.

³² Pág. XXV.

³³ Pág. XXV.

³⁴ N. 41, pág. 62.

5. A evolução do pensamento de Orlando Gomes sobre a modernização do direito civil brasileiro

Como se vê da exposição precedente, ao longo de toda sua vida dedicada mais intensamente ao estudo do direito civil, manteve-se constante e inalterável sua convicção – externada em sua obra, excluídos apenas os volumes de coletânea de pareceres pela natureza da destinação que têm – da necessidade de os conceitos jurídicos se ajustarem às profundas modificações sociais ocorridas nos tempos modernos. Quanto ao modo de fazer-se esse ajustamento, no entanto, houve significativa alteração em seu pensamento. De início, sustentou a necessidade de radical modificação de estrutura por meio de profunda reforma do Código Civil, atacando a utilização que se fazia do que denominou conceitos amortecedores, usados, especialmente, no terreno das obrigações. São dele estas palavras que se encontram no ensaio "Variações sobre a Reforma do Código Civil", publicado no livro "A Crise do Direito":

Para galvanizar instituições obsoletas, os juristas conservadores se estão socorrendo copiosamente dos mais audaciosos recursos técnicos. Inconformados ante a consunção irremediável de organismos decrépitos, procuram conservar-lhes a vida, por todos os meios, no estrênuo, esforço de restaurar energias consumidas.

A técnica de reanimação consiste no largo emprego do que eu chamaria os *conceitos amortecedores*, isto é, aquelas noções que adaptam a lei ao fato toda vez que se chocam. Tais são:

o abuso de direito;

o abuso do poder econômico;

a lesão; e

a imprevisão,

dentre outros, de menor porte, ou de maior substrato moral.

O largo emprego de tais conceitos, que se vem fazendo ultimamente, revela que o mal insidioso corrompe e corrói as instituições, em suas células vitais, atingindo a própria integridade dos princípios.

Mas, negando a essência das teses que reanimam, os conceitos amortecedores têm conseguido operar uma curiosa síntese, através da qual se está assegurando, ainda que artificialmente, o funcionamento da ordem jurídica individualista.

Assim, se tem protelado o momento decisivo da modificação estrutural, tudo anuncia. Até que amadureçam os novos princípios, será prudente aperfeiçoar esses mesmos conceitos, a fim de que possam ter, legislativamente, maior incidência.³⁵

³⁵ Págs. 128/129.

Na etapa final de sua vida, depois da experiência que teve como projetista de uma reforma que não vingou e que não seria, inclusive, tão radical como aquela posição renunciava, desencantou-se do meio por que entendia dever ela ser feita – o da revisão profunda do Código Civil –, e se converteu à tese do movimento de descodificação, como se vê no item 38 ("O caso das codificações") da sétima edição (1983) da "Introdução ao Direito Civil" e no ensaio "O problema de Codificação" que integra o livro "Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho" editado em 1986.

Voltou-se ele, então, para a via da legislação esparsa, e, consciente da impossibilidade de se alcançar por meio de fórmulas jurídicas rígidas a primazia do interesse geral sem se sacrificar o interesse individual, retomou a tese – já aplicada em seu Anteprojeto de Código Civil³⁶ – de que esse equilíbrio só se poderia obter conjugando-se o alargamento do poder de apreciação dos juízes para conter ou refrear a exacerbação dos interesses pessoais com a adoção de disposições gerais elásticas, consubstanciadoras dos conceitos que denominara outrora conceitos amortecedores, e destinadas a diminuir o perigo de desvirtuamento e arbítrio que é inerente a esse poder de apreciação, uma vez que nessas disposições "o preceito jurídico está redigido em branco, até certo ponto, e, assim, a determinação ulterior do conteúdo nos limites que traça a lei é feita pelo juiz quando há litígio".³⁷

Com essa solução atribui Orlando Gomes ao juiz, em prol da justiça social, flexibilidade para decidir, mas sempre nos limites que a lei fixar por meio de disposições elásticas, o que está coerente com a afirmação que fez em outra passagem de sua obra: "o juiz é servo da lei não passando de aspiração doutrinária, contestável e perigosa, a tese de que deve ter o poder de julgar contra a lei".³⁸

Como citar: ALVES, José Carlos Moreira. Orlando Gomes e o direito civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/orlando-gomes-e-o-direito-civil/>>. Data de acesso.

³⁶ Págs. 27/28.

³⁷ *Introdução ao Direito Civil*, n. 41, págs. 62/63.

³⁸ *Introdução ao Direito Civil*, n. 22, pág. 39.