

Tendências do direito civil no século XXI

GILSELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Devemos considerar a hipótese que da eternidade nascem, de tempos em tempos, mundos infinitos. (Giorgio Del Vecchio, *Evoluzione ed Involutione nel Diritto*).

Sumário: Um olhar sobre a ciência do Direito Civil e a imprescindibilidade de uma releitura. Um breve atalho histórico: a Revolução Francesa e o fenômeno da codificação. Reflexo na positividade legislativa brasileira. De Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale: conservar o possível, inovar sempre que necessário. Codificação ou descodificação: o pluralismo legislativo e os micro-sistemas legislativos. Ainda a respeito da junção do Direito Civil e do Direito Comercial. O traço de constitucionalização do Direito Civil contemporâneo. A transformação produzindo-se ao vivo. Novos horizontes de contemplação da ambiência jurídica. Procurando descrever a nova dimensão dos pilares fundamentais do Direito Civil: a propriedade, o contrato e a família. Tendências éticas e humanização do Direito.

O Direito Civil constitui a base do ordenamento jurídico de todas as sociedades. É, verdadeiramente, a espinha dorsal de toda a ciência jurídica, como se tem dito e registrado ao longo dos tempos, desde a origem romana do Direito Civil.

Trata-se do conjunto de princípios e de normas que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada^[i]. De modo analítico, é o direito que regula a pessoa, na sua existência e atividade, a família e o patrimônio.

Não se torna possível a compreensão de toda a fenomenologia jurídica sem o entendimento prévio e completo do que sejam estas relações corriqueiras, de natureza privada, que correm à volta do cotidiano do homem comum. Quer dizer, o estudo do arcabouço do Direito Civil e de todas as categorias jurídicas que o conformam, assim como a principiologia que o define e, conseqüentemente, de todos os institutos que compõem a sua estrutura essencial, é de caráter imprescindível à exata possibilidade de se compreender a mesma estrutura própria e típica dos demais segmentos da ciência jurídica. A idéia de que ele se desenha, para o todo da ciência, como uma *espinha dorsal*, está a revelar, na verdade, que o Direito Civil e sua especialíssima abrangência *colocam o Direito em pé*.

Por ser o *direito das gentes*, no sentido que é o direito que rege a vida do homem comum e suas relações jurídicas cotidianas, desde o seu nascimento até a sua morte – e, em alguns casos, mesmo após ela – o Direito Civil é, por assim dizer, tão antigo quanto o homem e a consciência de cada homem a respeito da necessidade e urgência de interagir com o seu próximo, o outro homem. A trajetória desta ciência, então, é desenhada historicamente e se caracteriza por uma evolução contínua, o que admite que se diga, do Direito Civil, que ele está em constante movimento, em operosa dinâmica, e atento sempre às contínuas necessidades de transformação da vida dos homens, tudo para o efeito de melhor adequação à realidade, em cada um de seus múltiplos e incessantes estágios.

A história da civilização humana, em cada um de seus infindáveis momentos, influi, portanto, a conformação e a estrutura do direito privado como um todo, e do Direito Civil, em especial. O atual estágio desta história, quer dizer, o momento histórico que agora vivenciamos, é um estágio que tem imposto ao Direito Civil uma *releitura importantíssima*, a implicar em extraordinárias transformações. Creio, como professora e estudiosa deste segmento da ciência jurídica, que é justamente esta dinâmica que formatam o encanto maior do Direito Civil, já que não admite, a quem a ele se dedica, nem mesmo um minuto de tranquilidade, de repouso, de qualquer certeza acerca da imutabilidade de seus institutos e de suas categorias. A sua organização estrutural e a moldura de sua essência estão – e devem estar, mesmo – umbilicalmente relacionados às mudanças na vida dos homens, mudanças estas derivadas do progresso das ciências, do avanço das tecnologias e do comportamento das pessoas em face destas todas alterações.

Nada justifica, assim, a idéia de separação entre as estruturas jurídicas e os valores essenciais da sociedade da qual elas derivam. No dizer sempre lúcido e aprimorado de Francisco Amaral^[ii], *é de recusar-se toda a argumentação que se desenvolva em termos de pura lógica, ou limitada à perspectiva da ciência do direito como pura dogmática, separada da realidade que a justifica*. Absolutamente não. Todo o Direito, mas em especial o Direito Civil não pode ser apreciado exclusivamente sob o matiz do dogma, pois esta roupagem é apequenada demais para tão extraordinário continente.

Entenda-se, aqui, por *dogmática jurídica*, conforme recomenda o jurista referido^[iii], *a idéia segundo a qual o direito se apresenta como construção jurídica, lógica, racional e sistematizada, obediente ao princípio positivista de que o objeto da ciência do direito são*

apenas as normas positivadas (dogmas), independentemente da realidade social subjacente.

O processo de construção e sistematização do Direito Civil caracteriza-se por um modo de aglutinação, análise, sintetização das várias e inúmeras decisões que hajam sido levadas a cabo por uma sociedade, num determinado período da história dos homens. Isto é, a sua formação está indelevelmente atrelada ao *dizer o direito*, às fórmulas jurisprudenciais de expressão da justiça, num tempo que tenha precedido o direito escrito e as normas concretizadas e cristalizadas. Circunstâncias de natureza cultural, econômica, política ou religiosa estiveram a influenciar esta jurisprudência, em cada momento histórico e para cada diferente sociedade. Mas ao serem agrupadas e observadas as decisões e os julgados de cada tempo, permitiram o desenho de uma realidade social insofismável, sempre que tenham sido geradas do bom senso e do sentido do justo.

Antigo como a história dos homens, o Direito Civil esquadrinhou-se por quatro principais fases históricas, iniciando-se no direito romano, a célula *mater* do Direito como um todo, perpassando o direito medieval e seu traço tão distinto, tão especial, alcançando o direito moderno e jactando-se para o que hoje se denomina direito contemporâneo, ou pós-moderno.

A visão crítica da história e do desenvolvimento deste ramo disciplinar caminha até a Revolução Francesa, marco de indiscutível importância que realiza a substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal, ou Estado de Direito, que, entre outros primados, identificou o homem sob o matiz da *subjetividade jurídica*, cujo princípio fundamental exprime-se no individualismo e na autonomia de agir, e alicerça-se na triangulação da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada. Enfim, foi esse o momento histórico que fotografou um Direito Civil centrado no indivíduo, pois que ele se apresenta como a causa e a razão final da esfera jurídica.

Desta era – da era da racionalização da vida jurídica – resultou, como consequência imediata a concepção do direito como um sistema. E, como tal, o processo de codificação se tornou imperioso, visando unificar e uniformizar a legislação vigente, emprestando-lhe um sistema, um ordem, uma carga didática, uma possibilidade melhor, ou maior, de compreensão destas próprias regras e de comparação destas com sistemas de outros povos.

Esta foi a importante – por que não? – fase de *organização codicista*, que atendeu às necessidades e reclamos próprios de uma época que visava superar a insegurança medieval. E apresentou suas vantagens, entre elas – uma que desejo citar – a de traduzir-se, o código, em instrumental de garantia das liberdades civis.

Como se sabe, os códigos oitocentistas foram fruto de transformações revolucionárias e se antepunham aos costumes e aos preconceitos que caracterizaram suas épocas e que justificaram as revoluções. Assim se deu, também, com o mais famoso de todos eles, o Código Francês de 1804, de inspiração racionalista, e que pretendeu aprisionar, imutavelmente, normas completas, claras, de interpretação linear, e que não admitisse a existência de lacunas ou de episódios não previstos, exatamente porque a sistematização abrangia – ou pretendeu abranger – todos os problemas jurídicos que pudessem ser suscitados. Daí a sua pretensa eternização.

Ledo engano! Não me canso de mencionar conhecida expressão do Imperador Napoleão, este codicista francês dos albores do século XIX, logo após ter feito promulgar o seu Código Civil. Disse o Imperador: *Minha glória não é ter vencido quarenta batalhas; o que nada ofuscará, o que viverá eternamente, é meu Código Civil.*

Não foi bem o que ocorreu, todos sabemos. Napoleão – assim como os demais idealizadores de sistemas codificados fechados – cometeu o enorme erro de buscar restringir o desenvolvimento do direito, pela estratificação legislativa.

Contudo, e levando-se em consideração o teor da jubilosa expressão do Imperador francês, é possível verificar a incrível importância que a codificação gravou à sua época de esplendor, isto é, a de ser o centro de toda a disciplina social. Estava, assim, consagrado o espírito da época: o individualismo jurídico-liberal, a dicotomia entre direito público e direito privado e a garantia da liberdade dos indivíduos.

No Brasil, o primeiro Código Civil nos chegou em 1916 e entrou em vigor em 1917. Até então – embora o Brasil já fosse República há bons anos – os brasileiros se encontravam sob a égide da legislação portuguesa. Neste nosso Código (o único que tivemos até agora), cujo construtor foi o arquetípico jurista brasileiro, Clóvis Bevilacqua, encontra-se o conjunto de regras sobre a pessoa, a família e o patrimônio, descrevendo os direitos a estas categorias atinentes, como o direito de família, o direito das obrigações, o direito dos contratos, a responsabilidade civil, o direito das coisas e o direito das heranças. Tudo isso se encontra precedido por um corpo de

regras de caráter genérico, acerca das pessoas, dos bens em geral e dos atos jurídicos, corpo este denominado Parte Geral, e que tem por escopo a fixação dos conceitos primordiais que estarão a serviço das demais fases destacadas, em especial.

Trata-se de um Código que tem já mais de oitenta anos de vigência, mas que tem mais de cem anos, se considerarmos o período no qual o projeto de lei, de Clóvis Bevilacqua, ficou em discussão, à face da sociedade brasileira do começo do século XX.

Centenário, não podia ser diferente: ele pedia reforma ou substituição. A mais recente tentativa de reformulação do corpo positivo do Direito Civil data de 1975, ano em que ficou concluído o trabalho de uma Comissão de ilustres juristas nacionais, constituída pelo governo federal em 1967. Esta Comissão, presidida pelo filósofo e jurista Miguel Reale, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, era composta pelos ilustres Professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

Este foi o Projeto de Código Civil Brasileiro que logrou ser aprovado, recentemente, pela nossa Casa Legislativa de Deputados Federais, depois de decorridos vinte e seis anos de seu encaminhamento à Presidência da República; o Brasil passa a ter, agora, o texto aprovado da lei que, depois de sancionada e publicada, passará a ser o segundo Código Civil desta ainda jovem nação.

O Código Civil em vigor^[iv], promulgado em 1916 e vigente a partir de 1917, fruto da inteligência incontestável de Clóvis Bevilacqua, pedia reforma, posto ser um corpo legislativo elaborado nos estertores do século XIX e promulgado no início do século passado, gigante e bem construído para o seu tempo, mas em franco compasso de desatualização, em tantos dos seus segmentos.

A sociedade brasileira e a comunidade dos juristas, por um lado, reverenciavam a majestade incontestada de seu primeiro Código, razão de justo orgulho que foi sempre, para todos os brasileiros, mas, por outro lado, pressentiam que os fatos e a vida dos homens na sociedade contemporânea encontravam-se – em tantos vieses – em descompasso com a Lei Civil que tinha por escopo fundamental exatamente a regulação destes fatos e destas relações da vida privada.

A reforma se impunha, tendo em vista o significativo aumento, entre nós, de normas dispersas, margeantes e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, ou de afeiçoar, o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, este método de revisão e de adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato de que o Código vigente houvera sido elaborado para um país diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época e à face de outros anseios e de outros valores.

Não se tratava, contudo, na visão da Comissão encarregada de elaborar o Projeto de novo Código Civil, de simplesmente fazer com que se desintegrasse um monumento legislativo de altíssima qualidade, como o é o Código Bevilacqua. Mas tratava-se – como sempre repetido pelo Professor Miguel Reale – de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o arcabouço de 1916, dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI.

Um novo Código Civil...

Conservar o possível; inovar, sempre que necessário: esta foi, ao que se verificou, a intenção primordial da Comissão de juristas que teve a seu cargo a construção do Código novo, inspirados, os seus ilustres membros, na previsão do próprio legislador de cem anos antes, Clóvis Bevilacqua: Mas por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte.^[v]

Teria sido melhor a distribuição, em diversos setores, do grande sistema codificado? Teria sido melhor uma reconstrução sob a modelagem de micro-sistemas? Pessoalmente, defendi que sim. Não foi esta, contudo e então, a decisão do legislador do segundo Código Civil brasileiro, como se sabe.

Ao lado do Direito Civil, e como um indispensável e importante par, situa-se – todos sabemos – o Direito Comercial. Juntos têm o contorno da unicidade do Direito Privado, mas este aspecto foi sempre objeto de grandes contendas entre os pensadores do Direito dos últimos séculos. O Direito Comercial, nascido na Idade Média como direito dos mercadores, destinou-se

especialmente a regular a atividade mercantil, separando-se do Direito Civil por força da insuficiência de dinâmica deste, ao tempo, à face da rápida evolução da vida do comércio, verdadeira revolução mercantil. Entre nós, brasileiros, o Código Comercial veio à luz bem antes de nosso Código Civil, em 1850, como reflexo da abertura de nossos portos às nações amigas, decretada pela Carta Régia de 1808.[\[vi\]](#)

Esta dependência conceitual do Direito Comercial com a teoria dos atos de comércio, com a atividade mercantil, enfim, já se encontra ultrapassada, de sorte a ser atual e sadia a transposição, para o centro do Direito Comercial moderno, a figura da *empresa*. Esta postura nova tem sido defendida por inúmeros juristas de primeira linha, em todo o mundo contemporâneo.

Juntar ou não o Direito Civil com o Direito Comercial, promovendo a sua unificação em um só Direito Privado, como mencionado antes, é sempre assunto que tem encontrado espaço de apreciação entre as mais diletas inteligências nacionais e internacionais, cada facção com o seu rol de fundamentos a defender uma ou outra posição. No entanto – creio não ser exagerado dizer – no meu sentir a unificação ao menos do Direito das Obrigações talvez fosse mais útil que prejudicial e, certamente, não ofenderia a autonomia quer do Direito Civil, quer do Direito Comercial.

Preferiu, o legislador do novo Código Civil brasileiro, revogar toda a primeira parte do Código Comercial de 1850, passando a disciplinar em capítulo próprio, a atividade empresarial, normatizando quem pode ser empresário, o que é estabelecimento, o que é empresa, suas formas e modos de constituição, etc, avocando a si o regime das empresas que dependam de autorização governamental para funcionar (ainda que sem prejuízo de lei especial) e resgatando a distinção entre empresa nacional e empresa estrangeira. Regulamentou a alienação de bens da empresa e fixou a responsabilidade do administrador da empresa que, sócio ou não, passará a responder solidariamente pelos prejuízos que a empresa causar à sociedade ou à população em geral, como por exemplo, aqueles gerados pela poluição ou degradação do meio ambiente.

O direito de empresa não figura, como reiteradamente afirma o próprio Professor Miguel Reale [\[vii\]](#) em nenhuma codificação contemporânea, sendo esta, pois, na visão do legislador brasileiro, uma inovação original. Pessoalmente não estou segura, ainda, a respeito de ter sido essa inserção uma providência condizente com as tendências do direito privado deste milênio que se descortina. O tempo dirá, pois ao que tudo indica, este novo Código recém aprovado será o futuro Código Civil Brasileiro.

Prosseguindo, penso ser necessário delinear, no que respeita, agora, exclusivamente ao Direito Civil, o seu traço de constitucionalização atual, assunto este que também tem gerado enorme polêmica entre juristas de todo o mundo. Trata-se, principalmente de momento de incrível transformação do pensamento jurídico e de crise das instituições, que tem operado no sentido de se buscar extinguir o significado constitucional [\[viii\]](#) outrora atribuído aos códigos civis modernos, e carrear para o âmbito da Constituição os princípios fundamentais do Direito Privado.

Remanesce sempre a principal questão, ao sabor das importantíssimas discussões que este assunto tem gerado, neste exato momento da história da civilização humana e de transformação dos conceitos e dos valores: *Este fenômeno ao qual se tem procurado denominar de constitucionalização do Direito Civil se revela como simples transposição de princípios basilares do contexto do Código Civil para a Carta Constitucional, ou, eventualmente, revela uma transformação bem maior do que parece à primeira vista?*

A mais contemporânea escola favorável à transposição e à fixação dos princípios e valores das relações privadas, em sede constitucional, tem optado descrever que se trata de bem mais que uma mera transposição. E têm, os juristas que integram esta escola, insistido em que *é preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, normas-diretivas ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado.[...] É preciso buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, da 'constitucionalização' do direito civil.* [\[ix\]](#)

De qualquer sorte, eis aí, neste viés, a ocorrência de um destacadíssimo modelo de transformação do Direito, produzindo-se *ao vivo*, e a respeito do qual a comunidade jurídica – e dela fazemos parte todos – terá a feliz oportunidade de debater, analisar, criticar e se posicionar no momento mesmo em que a transmutação se processa.

Raro momento. Momento de rara felicidade. Especialmente para os que têm, dentro de si –

como nós, que aqui nos reunimos para um evento como este – o intrigante desejo de participação da vida dos direitos, como ela é.

O direito do século XXI será diferente do direito dos anteriores séculos, exatamente porque o jurista de hoje tem uma atitude muito diferente da atitude do jurista de séculos anteriores.

Alberto Bueres, a respeito, anota que *otrora, el racionalista o el dogmático se afanaban en la búsqueda de las construcciones perfectas. De ahí que sus estructuras eran, pretensamente, inmodificables, perennes. Aún más: se aceptaban postulados sin cuestionamientos. El hombre de derecho actual se enfrenta con un mundo cambiante, primordialmente en lo social y económico. Lo que vale ahora, no valdrá mañana.* [x]

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios do homem de hoje, este ser de incansável movimento e de infinitos sonhos. Sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica, tudo isso que o colocou *em pé*, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constranger costumes ancestrais.

Este caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio – profetiza Fachin – *consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio.* [xi]

Descrever esta redimensão, desenhar a modelagem de hoje, esmiuçar os labirintos da crise e pinçar o quadro da evolução do Direito Civil é tarefa a um tempo hercúlea, delicada e merecedora de todos os cuidados e desvelos. Há um perigo iminente de se escorregar nas margens do exagero e acabar por registrar como tendências ou marcos, para o tempo novo, assuntos e situações que não revelam exatamente o senso comum, o querer socialmente apreciável.

De qualquer modo, não serão apenas meros *retoques teóricos* ou simples *ajustes conceituais* o que se necessita, nesta era que se viu instalada no primeiro dia do primeiro mês deste ano de 2001 – e que provavelmente se viu reinstalada no dia 11 de setembro subsequente [xii], quem sabe – mas necessita-se mais, para atender a este anseio de desconstrução atrelado ao de reconstrução, e alcançar uma otimização, quiçá, do Direito Civil contemporâneo.

Certamente, contudo – é útil mencionar, pressinto – não deve a travessia ser realizada sob tal molde que venha romper com toda uma tradição civilista, já que *desconstrução* não equivale à *destruição*, e *reconstrução* não tem o significado de fazer – como se fora Fênix – ressurgir das cinzas. [xiii]

Mas, a travessia deve ser realizada sob o envolvimento dos tranqüilos ventos que devagar sedimentam as mudanças – constantes sempre, mas não abruptas – da vida dos homens, de modo a deixar que se regule a sua esfera privada, com a segurança que advém da solidificação e certeza do paradigma contemporâneo, mas, ao mesmo tempo, com a flexibilização e com o matiz normativo variável, conforme convém ao homem de hoje e também à geração de amanhã.

De modo globalizado, se tem anotado que a tendência do que há de mais atual em sede de legislação é a preferência por sistema que prevê a adoção de *mini-codificações multidisciplinares*, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil. [xiv] Mantê-los todos no arcabouço de um Código, equivaleria assumir a má vontade quanto ao atendimento das constantes urgências de atualização, com a agilidade que os reclusos da justiça exige, porque a pretensão napoleônica de um direito codificado que seja eterno e imutável se destrói com o mero evoluir da vida.

Sistemas fechados parece que já não se os quer mais. Contudo, nosso momento legislativo brasileiro atual não pressente este reclamo e impõe-se sob forma codificada, outra vez. Já o dissemos.

Mas a *descodificação*, provavelmente – ainda que não tomada, agora, como condição de inovação e rejuvenescimento de uma arquitetura legislativa mais oxigenada e flexível – pode identificar-se, conforme o meu sentir, como um dos registros de tendência do direito privado

legislativamente positivado, num futuro próximo.

Por outro ângulo, em análise feita a partir do *particularismo das províncias civilistas*^[xv], outras tendências do Direito Civil pós-moderno poderiam ser apreciadas, ainda que não se as alinhavasse todas.

Um percurso preambular, todavia, há de ser obrigatoriamente percorrido por quem quer que pressinta o reclamo de crise e de transformação do direito privado, neste alvorecer de um milênio, qual seja, aquele percurso que perpassa o indivíduo, que ultrapassa o sujeito de direito e se faz presente ao lado do verdadeiro centro epistemológico do chamado direito pós-moderno: o ser humano e a sua dignidade, em prol da realização de sua condição de cidadão solidário. O individualismo liberal que triunfara no século anterior, por influência, ainda, do evoluer oitocentista, cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundante e legitimador,^[xvi] e a pessoa humana passa a ser o ponto central do direito.

O sistema civil codificado nos moldes napoleônicos, de índole essencialmente patrimonialista, já não se coaduna mais com o perfil da nova sociedade que *tira de cena*, como diz Paulo Lôbo, *o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana*. E até por isso, *despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato*.^[xvii]

Família, patrimônio e contrato.

Os pilares estruturais das relações privadas são visitados pelos paradigmas que regem a vida atual e se mostram com diverso perfil, matizando as tendências da pós-modernidade.

As relações de família, por dizerem respeito, invariavelmente, a todos os cidadãos sem exceção, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas de mote vário, bem como à crítica de toda a sorte, crítica esta derivada de leituras distintas de um mesmo tema em apreço, variando a sua valoração de acordo com o sentir muito pessoal e individualizado de cada um.

Ora, é inegável o potencial de mutabilidade que se contém nas relações sociais de natureza familiar. O que parece ser o melhor modelo num determinado tempo, já não ocupa o mesmo privilegiado lugar logo depois, em tempo ainda próximo. Apenas uma coisa é certa e parece não mudar jamais: o fato de as pessoas não abandonarem a preferência pela vida em família, seja de que molde ou tipo se constitua seu núcleo familiar.^[xviii]

Os seres humanos mudam e mudam os seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto ninho. A maneira de organizá-lo e de fazê-lo prosperar, contudo, se altera significativamente em eras até próximas, ou mesmo em culturas próximas. Ora, sob o vigor e a rigidez do direito codificado esse fenômeno pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para tão expansível realidade.^[xix]

Felizmente hoje, no meu sentir, o panorama mostra-se bem outro: as relações de afeto caminham à frente nos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição das famílias, bem assim como podem conduzir à interrupção do casamento ou da união estável, garantindo a cada um de seus membros, em princípio, o direito à recuperação ou reformulação de seu projeto pessoal de felicidade, mantida a responsabilidade original, em face daqueles que ainda se encontram em liame de dependência.^[xx]

Quanto a esses, os filhos – tal como se deu com os cônjuges – renova-se e atualiza-se a lei para enfim dizê-los iguais, independente de sua origem. O que se pretendeu evitar, com a regra da isonomia jurídica, foi o tratamento diferente a pessoas que estejam em situação essencialmente igual. Esta isonomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo status familiae.^[xxi]

Parece não restar dúvida, enfim, de que o núcleo familiar que se descortina contemporaneamente, mostra-se desintoxicado do ancestral rigor da legitimidade. O modelo do legislador já não suporta se ofertar como único ou melhor, mesmo porque o descompasso gravado entre ele e a multiplicidade de modelos apresentados na vida como ela é, de tão enorme, já não admitia a sobrevivência de outra saída que não esta, adotada, enfim, pelo legislador pátrio, de constitucionalizar relevantes inovações, entre elas: a) a desmistificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado; b) a elevação da

união livre, dita estável pelo constituinte, à categoria de entidade familiar; c) a conseqüência lógica de que, por isso, a união estável passou a realizar, definitivamente, o papel de geratriz de relações familiares, ela também; d) a verificação de que efeitos distintos, além dos meramente patrimoniais, estão plasmados nestas outras – e constitucionalmente regulamentadas – formas de constituição da família, hoje. [xxii]

Enfim, consideração isonômica dos membros da estrutura familiar e valoração do afeto nas relações entre homem e mulher e entre pais e filhos, sempre no entorno da busca de felicidade no projeto familiar e parental, eis, provavelmente, as mais significativas tendências do Direito de Família neste novo século.

Quanto à propriedade, outro dos três mais significativos pilares estruturais do Direito Civil, não parece restar mais dúvida, na atualidade, a respeito de que ela não é uma função social, mas que – isso sim – tem uma função social que lhe é inerente, significando que se encontrará o proprietário obrigado a dar uma determinada destinação social aos seus bens, concorrendo, assim, para a harmonização do uso da propriedade privada ao interesse social, mas sem o exagero da coletivização dos bens, *modus próprio* de outro regime ou sistema político-econômico, de natureza socialista. [xxiii]

De toda a sorte, o que se passa pelo cenário da pós-modernidade, enfim, é mesmo este excepcional e indiscutivelmente real fenômeno que restringe e limita o exercício do direito de propriedade, pela faceta de suas diversas faculdades jurídicas, aparando arestas do individualismo tradicional, como diria Caio Mário da Silva Pereira [xxiv], e bombardeando, de todos os ângulos, o absolutismo do direito de propriedade [...]. [xxv]

O espírito mesmo da legitimidade da concepção, a verdadeira mola de admissibilidade e de fundamentação de uma tal funcionalização do direito de propriedade – ou socialização do direito, ou paternalização das instituições, ou humanização das relações jurídicas, como preferem as mais distintas correntes do pensamento filosófico-jurídico da era moderna e contemporânea – reside, por certo, no fato de que a propriedade individual, dentro nas vestes tradicionais, não conserva o conteúdo ético de assenhoreamento que exprime o contexto do art. 524 do Código Civil; não se compraz com as idéias dominantes neste começo de milênio, que o dominus tenha o poder de utilização e gozo da coisa sua, numa tal extensão e profundidade que chegue a sacrificar o direito alheio, ou mais precisamente, o bem-estar de toda a comunidade. [xxvi]

O reconhecimento de uma nova ordem – acima e além da *manière plus absolue de jouir* e *disposer des choses* [xxvii] – estava instalada com a superação do princípio pré-revolucionário do *laissez faire, laissez passer* [xxviii], com a superação da atribuição de poder absoluto ao titular do direito de propriedade.

Gustavo Tepedino [xxix] bem observa que a inserção da função social como um dos mega-princípios constitucionais – entre os direitos e as garantias fundamentais – teve o escopo de elevar a determinação de seu atendimento ao patamar de regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de conseqüência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico.

Eis aí, provavelmente, a mais significativa tendência, ou releitura, do direito de propriedade, neste findar de século XX e início do século XXI.

Finalmente, quanto ao contrato, a conformação derradeira da triangulação básica do Direito Civil, hoje e sempre, seria possível referir, prioritariamente, às cláusulas gerais que *constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa [...] – foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados.* [xxx]

A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral).

Por força desta simbiose – fato e virtude – a boa fé se apresenta como *a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior*, ao mesmo tempo que se revela como *o amor ou o respeito à verdade*. Contudo, observe-se, através da lição encantadora de André Comte-Sponville, que a boa-fé *não pode valer como certeza, sequer como verdade, já que ela exclui a mentira, não o erro.* [xxxi]

O homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé.

[xxxii]

Esta é a interessante visão da boa-fé pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*.

Em todas as fases contratuais deve estar presente o princípio vigilante do aperfeiçoamento do contrato, não apenas em seu patamar de existência, senão também em seus planos de validade e de eficácia. Quer dizer: a boa-fé deve se consagrar nas negociações que antecedem a conclusão do negócio, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na sua conclusão e na sua interpretação. Deve prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário.

Na atualidade, dividem-se os doutrinadores acerca de ter ou não, o ordenamento jurídico brasileiro acolhido a cláusula geral de boa-fé, independentemente de uma regra de direito expressa, como expressamente se dá nas relações de consumo. Opino favoravelmente e registro esta circunstância como mais uma das tendências do Direito Civil contemporâneo.

Da consagração da boa-fé objetiva, nas relações contratuais, decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e de cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, mas se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou os marcos deste direito que perpassando os séculos, se apresenta modificado aos primórdios do milênio novo.

As considerações até aqui anotadas – e ainda que estejam longe de serem todas – referentemente às mutações sociais, às exclusões de posições tipicamente novecentistas, e à adoção de novos paradigmas consentâneos com a realidade do homem de hoje, permitem-me, em últimas palavras, afirmar que o Direito Civil, nos dias atuais, vem vivenciando uma verdadeira caminhada epistemológica. Profundas mudanças acontecem, refletindo-se, especialmente, no importantíssimo fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil, incluindo-se, aí, o Direito de Família.

O Direito Civil que nos foi legado tinha na autonomia privada – propriedade e contrato – o seu pilar fundamental, mas, na atualidade, verifica-se uma profunda alteração axiológica na sua concepção, passando por uma crise que visa resgatar a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, conforme estampados na Constituição Federal. Um olhar atento sobre os dias de hoje, enfim, demonstra claramente a ocorrência de uma funcionalização de todos os institutos privados, na busca por adequá-los ao prisma novo.

A tendência marcante, a partir deste repensar das matrizes fundantes e dos matizes axiológicos do direito na pós-modernidade, marcar-se-á, por certo, na consecução e completude de um direito mais ético, mais composto com o *sentir* do que com a *razão*, mais digno, mais socializado, mais corajoso e fiel, mais permeável ao afeto, mais despojado de arcabouços meramente patrimoniais.

A travessia do século inspira, enfim, um direito mais humanizado.

Creio que é o que todos profundamente desejamos.

Obrigada.

Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG.

Notas:

- [i] Francisco Amaral, *Direito Civil –Introdução*, Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 105.
- [ii] Francisco Amaral, *Direito Civil –Introdução*, p. 109.
- [iii] *Idem, ibidem, ibidem.*
- [iv] Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, em vigor desde 1º de janeiro de 1917.
- [v] Conf. Miguel Reale, Lacunas e Arcaísmos do Código Civil Vigente, *in* O Projeto do Novo Código Civil, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p.28.
- [vi] Confira-se melhores detalhes da história do Direito Comercial Brasileiro com Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de DireitoComercial,,* vol. 1, p. 21.
- [vii] Miguel Reale, *Visão Geral do Projeto de Código Civil* (<http://www.miguelreale.com.br>).
- [viii] Conforme a dicção preciosa de Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e Direito Civil: Tendências*, *in* Direito, Estado e Sociedade (Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 15, ag.-dez/1999, ps. 95-113.
- [ix] Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e Direito Civil: Tendências*,cit. , p. 105.
- [x] Alberto J. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi, 1986 – citado por L.E.Fachin, em *El jurista del mañana y el Derecho Privado*, em palestra que proferiu no Colegio de Abogados, na cidade de Sevilla, em 2001.
- [xi] Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5.
- [xii] Fatídico dia em que, por ato terrorista, aviões foram lançados sobre as torres gêmeas do World Trade Center e sobre o Pentágono, nos Estados Unidos, provocando uma tragédia de proporções agigantadas.
- [xiii] Confira-se a espetacular proposição de Caio Mário da Silva Pereira, feita consigo mesmo, ao tempo em que decidiu-se por dar a público, neste ano de 2001, sua inigualável obra sobre a evolução do Direito Civil: *Não pretendo romper com toda uma tradição civilista e proceder a um processo de futurologia, para descrever toda a estrutura civilista, esboçando um novo Direito, como que tirado do nada. Nem me anima uma atitude iconoclasta, com a destruição da ordem jurídica existente e criação de um novus ordo. [...] Tudo o que acontece no mundo, acontece uma só vez. Uma reforma do Direito Civil tem de considerar que ninguém se pode instalar comodamente deitado sobre a ordem estabelecida; e esperar inerte que a justiça lhe caia do céu. [...] O Direito do século XXI forçosamente será diferente do presente, em razão de que o mundo está em permanente mutação – um perpetuo mobile – que constantemente terá de absorver o caráter mutante de uma sociedade em permanente evolução. [...] Tenho sentido que se realiza uma transformação nos conceitos jurídicos, permitindo antever que, sobre o Direito que recebemos de nossos maiores, já se desenham as mudanças, permitindo às novas gerações readquirir a fé e a esperança em novos valores.* (Caio Mário da Silva Pereira, *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, *in* Prefácio, ps. IX e X)
- [xiv] Paulo Luiz Netto Lobo, *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº. 141, Brasília, 1999.
- [xv] Assim se refere Caio Mário da Silva Pereira (*Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, *in* Introdução, p. 15) às distintas

matérias que compõem o Direito Civil como um todo, vale dizer, o Direito das Obrigações, o Direito dos Contratos, a Responsabilidade Civil, o Direito das Coisas, o Direito de Família, o Direito das Sucessões, além da Parte Geral.

[xvi] A respeito, leia-se Francisco Amaral, *Direito Constitucional: a eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1988*, e ainda, *Direito Civil – Introdução*, cit.

[xvii] Paulo Luiz Netto Lobo, cit.

[xviii] Conf. Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Do Direito de Família – introdução à obra coletiva O Direito de Família no novo Código Civil: (r)evolução e (re)novações*, coord. por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, Belo Horizonte, Del Rey: *no prelo*.

[xix] *Idem, ibidem*.

[xx] Conf. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Família e casamento em evolução, Direito Civil – Estudos*, Belo Horizonte, Del Rey: 2000.

[xxi] Claudia Lima Marques e outras, *Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno*, RT 764/11.

[xxii] Para aprofundar este assunto, v. Silvana Maria Carbonera, “O papel jurídico do afeto nas relações de família”, in “Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, coord. Luiz Edson Fachin, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p.273 e seguintes.

[xxiii] Conf. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida

[xxiv] Caio Mário da Silva Pereira, *Direito Civil – alguns aspectos de sua evolução*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 70.

[xxv] *Idem, ibidem*, p. 71.

[xxvi] *Idem, ibidem*, p.71-72.

[xxvii] Conforme a famosa consagração do art. 544 do Código Civil francês (1804).

[xxviii] *Laisser faire, laisser passer, le monde va de lui-même*: Deixar fazer, deixar passar, o mundo caminha por si só.

[xxix] Gustavo Tepedino, *A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*, in *Revista Forense*, v. 306, p. 75 e ss.

[xxx] Judith Martins-Costa, *O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro* (www.jusnavigandi.com.br).

[xxxi] André Comte-Sponville, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, Martins Fontes, 1999, citado por Régis Fichtner Pereira, “A responsabilidade civil pré-contratual”, Renovar, 2001.

[xxxii] *Idem, ibidem*.