

A REFORMA NO DIREITO BRASILEIRO: NOVAS NOTAS SOBRE UM VELHO DEBATE NO DIREITO CIVIL

Luiz Edson Fachin

O estudo que aqui segue em síntese tem um ponto de partida definido, desdobrado em três premissas e um perspectiva de conclusão.

O marco inicial da reflexão está no combate ao aparente triunfo da indiferença que parece ganhar espaços no eloqüente silêncio sobre a temática da reforma do direito civil brasileiro.

Estribam-se as idéias ora sumariadas na crítica de certa inospitalidade que em razoável parcela dos ambientes, iniciados ou não, se observa no trato do tema. Nesse vazio da indolência se instala uma crise entre os velhos paradigmas que declinam e os novos pressupostos ainda por se constituírem.

Pode ser paradoxal apontar esse esmaecimento dos vãos epistemológicos e da interlocução científica na seara do direito que se propõe a governar juridicamente o que se apresenta na base organizativa da sociedade: as titularidades de apropriação, o projeto parental e o trânsito jurídico. Afinal, esse debate deveria radiografar os três pilares que mostram, numa breve lição de anatomia jurídica, a arquitetura social e o seu reflexo normativo sobre os bens de uso, de consumo e de produção.

Ubica-se aí essa primeira nota de conclamação destinada não apenas ao debate imprescindível sobre o projeto do novo Código Civil, mas sim sobre o conjunto de transformações necessárias pelas quais passou e deve ainda passar o direito civil brasi-

leiro. Daí o sentido dessa clivagem entre os limites da codificação e as possibilidades da reforma.

A reforma é um processo em construção. A codificação enquanto proposição de unidade é um evento, evento esse que no tempo opera, mediante a tradição, uma função de modo. Em ambas observamos um mapeamento tributário dos valores culturais predominantes, e para ambas dirigimos nossa atenção.

Assim, ao lado do enaltecimento das iniciativas que abrem as portas de foros interessados em tal interlocução, tem sentido, por conseguinte, traçar aqui algumas premissas que podem sugerir, de alguma forma, eleição de caminhos e fins.

De início, por um lado, soa imperativo reconhecer que o vigente Código Civil brasileiro, espelhado em suas raízes históricas e sociológicas¹, edificou um sistema de direito privado não imune à idéia de reforma e em grande parte coerente com sua história. A norma civil codificada foi produto da sua época e sobre sua quadra também dialeticamente interagiu; o tempo e o lugar do Código forma também a estação européia, vivificada pela força dos fatos e das idéias que suplantaram a *escola histórica*.

O *código patrimonial imobiliário* dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um standart de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos *estrangeiros* a essa definição.²

¹ A propósito, Orlando Gomes, "Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro". Salvador: Ed. Livraria Progresso e Universidade da Bahia, 1958. Na mesma perspectiva, Sérgio Buarque de Holanda, "Raízes do Brasil". São Paulo: Companhia das Letras, 1995, especialmente p. 157 e seguintes.

² A exemplo, anota Serpa Lopes: "Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência na evolução do Direito brasileiro" (à p. 127 da obra "Curso de Direito Civil", volume I, 8. Ed., Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996).

³ Referindo-se à vigência por "algum tempo" da codificação, Clovis Beviláqua na página 15 da obra "Em defeza do projecto do Codigo Civil Brasileiro" (Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906), ligava à codificação a noção de momento histórico.

Nada obstante, o sentido de permanência indefinida ou da vizinhança com a imutabilidade esteve mais em quem do Código se serviu e menos em quem o elaborou.³ Sem embargo de tratar-se, no plano exilógico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da *belle époque* do movimento codificador, o Código Civil brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção⁴ dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.

A indisfarçável inserção cultural e histórica desse corpo legislativo dá o estreito liame entre o Código Civil e a estrutura social do país, espelhado no desenho jurídico dos três pilares fundamentais da ordenação privada: a família, a apropriação e o trânsito jurídico assentado nos contratos. Mas não é somente isso.

Uma proposição adicional deflui precisamente da anterior: a *historicidade* da codificação ressalta o desenho jurídico das suas instituições de base que se altera à medida em que vão se transformando os valores que governam o projeto parental, as titularidades e os contratos. Assim se vê que o surgimento de *l'età della decodificazione*, como designada por Natalino Irti, trouxe para esse sistema desafios, perplexidade e fragmentação. A formação dos microssistemas alavancada em expressivo número de leis especiais, e a *constitucionalização*⁵ de suas categorias principais,

⁴ "O Direito latino-americano, com suas próprias características, também contribuiu para a história da codificação, aliás de forma significativa. Primeiro, mediante o Direito brasileiro, que apresenta características ímpares por força da influência do Direito português" (Fábio Siebeneichler de Andrade, "Da codificação; crônica de um conceito". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 170:71).

⁵ A exemplo, Pietro Perlingieri, "Perfis do Direito Civil; introdução ao Direito Civil Constitucional". Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997. Do mesmo tema, "A caminho de um Direito Civil Constitucional", Maria Celina B. M. Tepedino, artigo na Revista dos Tribunais nº 65, a partir da p. 21. Mais especificamente, v. Gustavo Tepedino, "Contornos Constitucionais da Propriedade Privada", in "Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito", organizado por Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, cujo texto foi publicado originariamente sob o título "Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988", in *Rassegna del diritto civile*, n. 1, p. 96 a 119.

selam um tempo diverso daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico.

Essa nova quadra de valores não afirmam necessariamente a debilidade da civilística. Daí reconhecemos, como o fez Franz Wieacker, “o despovoamento dos núcleos mais centrais do direito provado tradicional”, mas para dele divergimos quanto ao desleixo e à retração da teoria do direito civil.⁶ Longe de representar um enfraquecimento moral e espiritual da cultura jurídica, é uma demonstração de uma nova densidade.⁷

Na sequência, o derradeiro horizonte deste trabalho é o debate entre a reforma e a nova codificação que se propõe. De um lado recolhe dados de uma conhecida discussão sobre o papel dos códigos; de outro, fomenta e enaltece o papel criador da jurisprudência⁸ e a porosidade do fenômeno jurídico. Por conseguinte, não se enfileira com a idéia segundo a qual as codificações se destinam tão-só a dar guarida a institutos e soluções sedimentados e estáveis⁹; diversamente, assume posição contrária à afirmação assentada na idéia que codificar não é modificar.¹⁰

⁶ Franz Wieacker, “História do Direito Privado Moderno”. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, especialmente à página 727.

⁷ É dessa mesma densidade (marcadamente no plano social) que nos fala o professor Luis Roberto Barroso, na obra “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas; limites e possibilidades da Constituição Brasileira”(2. Ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1993) ao tratar de um novo conceito de efetividade, afirmando: “O Direito existe para realizar-se”(p. 80).

⁸ Exemplo saliente entre nós é o teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que *desprovido de registro*”), com nosso destaque, superando a direção equivocada da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, que exigiu tal registro. Sobre o tema, ver a obra de Marcelo Domanski, “Posse: da segurança jurídica à questão social” (Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997), fruto de dissertação de Mestrado defendida e aprovada no âmbito da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

⁹ Sobre o tema, ver a publicação “Código Civil; anteprojetos”, volume I, do Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, 1989, p. 7.

¹⁰ Tal debate, a respeito do novo Código Civil do Québec, está no artigo “Le nouveau Code Civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective

Se assim for, a representação simbólica da codificação se torna uma luz para requestrar o passado e não um caminho para apreender o presente e descortinar o futuro.

Os contrastes e as mutações sociais em curso, mais que isso, nada obstante, influenciam e direcionam códigos e leis, sobressaindo-se, por isso mesmo, o caráter histórico e cultural das reformas, em maior ou menor grau, de pequeno ou largo alcance. Reafirme-se que a codificação e a reforma têm entre si grua de parentesco, há entre elas certa transitividade, mas não pertencem necessariamente à mesma *família epistemológica de sangue*.

E assim, retornando, ao ponto de partida, vê-se também que o sentido da reforma, na perspectiva legislativa ou jurisprudencial, ultrapassa a questão da codificação, e é profundamente um conceito histórico, rente à vida e à sociedade que, por ação ou omissão, faz sua eleição de princípios e regras.

Vejamos agora três exemplos. A família, por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos *códigos culturais*, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.

De outra parte, o contrato, a seu turno, migrou do formalismo e da rigidez dos pactos para acolher não apenas a boa fé como também a relevância dos deveres jurídicos laterais. E assim, as titularidades que sobre si receberam os ares da

française", de Jean-François Niort, publicado na "Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques", volume 24, PUF/CNRS, p. 135 e seguintes. Ainda mais específica e pormenorizadamente sobre a mesma experiência há a obra "La réforme du Code Civil", textos reunidos e publicados pelo Barreau du Québec e pela Câmara dos notaires du Québec em conjunto com a Université Laval, de 1993.

funcionalização, respondem pois por ditames teleológicos no plano de sua justificação social. Empresa, posse e propriedade recolocam em cena, sob matizes diversos, a dicotomia do público e do privado. Vê-se, portanto, nessas três dimensões, citadas a título de ilustração, a transformação de valores operada a partir da mudança cultural.

Acolhemos, para esse fim (apenas), a afirmação de Clovis Beviláqua segundo o qual “os Códigos são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção do mundo”.¹¹ E nessa acolhida segue, de um lado, o reconhecimento da proximidade entre os naufrágios e triunfos dos projetos codificadores no Brasil e as vicissitudes históricas e sócioeconômicas, e de outra parte, a vinculação entre o elemento motor da *descodificação* com nuances de um tempo que aponta par o ocaso das codificações na crise do racionalismo e a retirada do Código Civil do território central das relações privadas clássicas.

Mais que isso, nossa tendência de conclusão, transcendendo a questão da codificação, indica pela necessidade inafastável de um debate interdisciplinar. O caminho de nossa época e a vocação de nosso tempo estão na pauta das discussões. Se estamos dispostos a perguntar sobre qual arcabouço jurídico deve se assentar as relações sociais às portas do terceiro milênio, cabe apressar o passo para não submeir aos desafios sociais de nosso País numa penosa mas inapelável travessia.

Antes de vermos um *código atrás de um país*, cabe a esse mesmo país escutar o chamamento que vai do singular ao coletivo sobre novos tempos e velhos dilemas. Daí porque a dimensão propositiva da reforma não começa necessariamente na codificação, pode até passar por ela se a proposição chamar para si o compromisso com o futuro, e alinhava um programa de repensar os alicerces e os fundamentos da ordenação social, do privado ao público, e do público ao social.

¹¹ Obra anteriormente citada, p. 15.

Uma das possíveis lições que pode servir de bússola e guia na efervescência do tema que reloca o debate da reforma no direito civil brasileiro pode estar nos clássicos. A propósito, é possível lembrar que um dos sentidos que se atribui à Odisséia se ocupa menos da ida e do triunfo de Ulisses, mas sim do caminho da volta, da partida de Tróia em direção a Ítaca, aquela viagem mais difícil, aquela que de meses perdurou por alguns anos, longo período de caminhos turbulentos com provações incessantes. Diz-se, então, que de certo modo, com alguma licença poética, sempre estamos metaforicamente partindo de Tróia, do lugar das conflagrações para alcançar Ítaca, uma ilha de refúgio e paz, mas que essa travessia, espaço e tempo que os separa, é lenta e difícil, recheada de provações e obstáculos.

Essa evocação pode ter sentido quando se pretende apreender as razões e o sentido do debate sobre a codificação civil no Brasil. Em suma, o que se pode perguntar é afinal já concluímos a nossa travessia e se estamos aptos para tirar da sombra o que na história tem sido renegado. Em nosso ver, não se trata mais do velho debate que remonta ao panorama jurídico alemão na primeira década do Oitocentos. Trata-se, isso sim, de reconhecer a historicidade daquele debate, entre um Código Civil francês, após a derrota de Napoleão, e o problema do surgimento de um Código nacional. Trata-se, como se vê, do confronto entre a cultura aristocrática na tradição européia com os ventos democráticos e então liberalizantes.

Do mesmo modo, vencido o preâmbulo e o desenrolar da crise dos códigos, resta indagar os fundamentos do rompimento da unidade do Direito Privado para que não venha a se repetir, como numa dança de mitos, uma falsa crise que retire do próprio Direito seus limites e possibilidades. Fala-se, hoje, então, num caos legislativo proposital e até mesmo na morte do Direito.¹²

¹² Fábio Sieneichler de Andrade, obra citada, p. 142:43.

Não comungamos com essa crônica de um naufrágio anunciado. A premissa que anima o presente estudo é precisamente a resposta negativa. As dificuldades e obstáculos encontrados revelam que se inexistem aquelas condições para a plena realização das pessoas e da sociedade, na assim designada “liberté d’épanouissement”, concorrem, de outro lado, elementos suficientes para compreender, na história, a era da descodificação, aliada aos movimentos de *repersonalização* e *despatrimonialização* do direito privado.

Urge apreender esse novo cenário, no qual a codificação civil, na experiência das famílias jurídicas romanistas ocidentais, se insere ao final do século XX numa espécie de família real sem trono, um “roi sans couronne”.

Sobre esse velho tema cabe trazer em cena questões ainda em aberto. Dentre elas, é possível situar o problema num lugar diverso do debate atual, posto que, tão relevante quanto a discussão sobre a *descodificação* e a formação dos *microsistemas*, pode ser localizar o sentido e o alcance da reforma no direito civil brasileiro positivado.

Entenda-se por reforma, sem embargo de outras legítimas acepções possíveis, aquela empregada por HABERMAS¹³ ao tratar do processo de polarização entre o público e o privado ao final do século XVIII, momento em que o sistema privado se erige em antítese ao público, e o *privatus* significa, pois, estar excluído do Estado. Mudou o desenho jurídico do Estado, arquitetou-se uma nova moldura dos três pilares fundamentais do privado (a família, a apropriação e o trânsito jurídico contratual), e agora, na comunidade jurídica brasileira se põe o projeto do novo Código Civil no topo da estação.

E aí uma leitura mais atenta da temática quiçá recolocue os termos da questão, para volvermos as preocupações *menos* para a

¹³ Na página 24 da obra “Mudança estrutural da esfera pública”. Rio de Janeiro; Ed. Tempo Brasileiro, 1984.

moldura e *mais* para o objeto fotografado. Afinal, para que e para quem o sistema jurídico, quer aquele do direito privado clássico que se assentou sobre a codificação, quer o que se desborda no fluído presente dos microssistemas.

Cabe, por isso, a compreensão do fio condutor daquilo que está implícito nesse debate já histórico, tentando captar *mais* o que não se ilumina no palco principal da cena e *menos* o que toma assento nas primeiras fileiras das discussões.

Diante de nosso presente e prestando contas por antecipação ao nosso futuro, cabe acolher a lição de Pietro Barcellona para tornar visíveis, nesse debate que deve ser aprofundado, os problemas “ligados à invisibilidade da vida: o problema do sofrimento, o esvaziamento da identidade pessoal, o problema da diferença sexual, os jovens sem futuro e sem ocupação, a infelicidade difusa nas cidades caóticas, os rapazes que se suicidam porque no sistema do sucesso a qualquer custo até um boletim escolar torna-se uma verificação da própria ineficiência.”¹⁴

Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução e o Direito. O presente plural, exemplificando na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade.

Diríamos, ainda mais, que cabe às vésperas do terceiro milênio perguntar e tentar responder a pertinência desse debate com o medievo que teima em enclausurar o Brasil no desprezo do atendimento às questões vitais até hoje irrespondidas. Arrostar os interesses ofuscados pela falta de visão histórica, sem cair no servilismo de outras experiências normativas, é o desafio que recoloca

¹⁴ Pietro Barcellona, “O egoísmo maduro e a insensatez do capital”. São Paulo: Ícone, 1995, p. 87.

ao final do século XX o Direito na perspectiva da sua função emancipatória, reclamada pelo conteúdo mínimo dos valores fundamentais do ser humano e do atendimento às necessidades básicas.

Tal como Ulisses que ao cabo de alguns anos perambulando por íngremes caminhos reencontrou sua ilha, queira ainda o futuro reservar para o novo desenho jurídico do Direito civil brasileiro espaço para o sonho de uma sociedade justa, fraterna e igualitária.