

CÔNCAVO E CONVEXO: O REFLEXO DA SOCIEDADE PELAS LENTES DO CÓDIGO CIVIL/2002

Hugo Cremonez Sirena¹

Resumo: O presente trabalho busca estabelecer um paralelo figurativo entre a Física e o Direito Civil, demonstrando como o Código Civil reflete – no sentido ótico do termo – a realidade social brasileira. Há uma clara distorção do reflexo apresentado pela codificação civilista, apresentando uma (quase) crise de personalidade do CC/02, que busca projetar o futuro, mas sem cortar raízes com o passado. A constitucionalização do Direito Civil se mostra como a saída para a adequação do Código-Espelho e para o devido uso das cláusulas gerais, viabilizando uma reflexão fidedigna da realidade social pátria e, nesse sentido, uma projeção fiel das legítimas e presentes expectativas dos sujeitos privados.

Palavras-Chave: Código Civil; reflexão; constitucionalização; realidade brasileira.

Sumário: 1. Introdução. 2. A constitucionalização do Direito Civil como ferramental metodológico. 3. A evolução histórica do Código Civil sob a ótica da sociedade brasileira. 3.1 O Código e a sociedade brasileira do “passado”: o espelho convexo. 3.1.1 Imagem menor. 3.1.2 Imagem virtual. 3.1.3 Imagem direita. 3.2 O “futuro” da realidade brasileira e a codificação civil: o espelho côncavo. 3.2.1 Imagem menor. 3.2.2 Imagem real. 3.2.3 Imagem invertida. 4. A constitucionalização do direito civil e a

¹ Advogado Sócio da Mattos, Osna & Sirena Sociedade de Advogados. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Licenciado em Letras Português/Inglês pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor de Direito Civil.

aproximação entre o “refletor” e o “refletido”. 5. Conclusão. 6. Title and abstract. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO



a Física, há um ramo de estudos chamado *Óptica*, que estuda, dentre muitos, o fenômeno da reflexão da luz em espelhos esféricos. Esses espelhos, que podem ser qualquer superfície em formato de calota esférica capaz de refletir a luz nela incidente, são classificados de duas formas: côncavos e convexos.

São chamados de convexos os espelhos cuja parte refletora (ou polida) é a sua face externa. Ou seja, em palavras menos técnicas, se há um espelho em um formato curvado, é convexo aquele que reflete a luz incidente pela parte *de fora* da calota esférica, pelo seu *dorso* (são exemplos desse tipo de espelho aqueles encontrados em corredores de lojas, bem como os dos retrovisores dos carros). Por sua vez, são côncavos os espelhos que refletem a imagem pela face interna da calota esférica, ou seja, a parte polida refletora é exatamente a superfície oposta à do espelho convexo (como exemplo de espelhos côncavos há os espelhos de dentistas e alguns telescópios).

A definição dos espelhos em côncavos e convexos é fundamental para o dia a dia, na medida em que cada qual apresenta imagens de forma diversa: enquanto o espelho convexo prolonga e aumenta o campo de visão, refletindo imagens virtuais, menores e direitas, o espelho côncavo projeta imagens reais, menores e invertidas².

² Mesmo não sendo objeto do presente estudo, por uma questão de honestidade científica, é importante que se destaque que a Física explica que, em verdade, os espelhos côncavos podem apresentar imagens de natureza, tamanho e orientação diversas, a depender da posição do objeto refletido. Uma imagem real, menor e invertida só é projetada pelo espelho côncavo quando o objeto refletido estiver atrás do centro esférico do espelho. Para os fins desse escrito, porém, elege-se a imagem menor (e, por lógica, real e invertida), porque, assim como o espelho côncavo, consequente e figurativamente o Código Civil de 2002 (como faz qualquer codificação) *reduz* a realidade

Essas noções básicas de Óptica, à primeira vista, não guardam qualquer relação direta com o estudo da ciência jurídica. Entretanto, figurativamente, elas podem traduzir a função do Código Civil de 2002 como um refletor da realidade cotidiana. Ou seja, podem demonstrar, de modo conotativo, de que forma a codificação civilista em vigor encara e espelha as relações sociais hodiernas, a partir do cotejo existente entre as deformidades realizadas e a fidedignidade cumprida.

De forma alegórica, o Novo Código deve ser visto como um *espelho da sociedade*, que, ao menos em tese, reflete os anseios e as expectativas por ela constituídas. Acontece que, entretanto, é preciso que se indique de que espelho se está a falar quando se refere à codificação atualmente vigente. Isso porque, bem se sabe, o Código não é um espelho de superfície reta, que reflete com exatidão o emaranhado social: trata-se, sim, de um espelho *esférico*, que, em alguma medida, projeta uma imagem um tanto distorcida da realidade. Daí porque saber se esse Código-Espelho é convexo ou côncavo, de modo a dimensionar que tipo de imagem social a codificação projeta.

Por essa introdução, e a partir do que se apresentará a seguir, já se adianta a conclusão de que o Código Civil de 2002 atua, simultaneamente, como um espelho côncavo e como um espelho convexo, a depender do referencial que se adota. E é sobre isso que versará o presente artigo: de que forma a sociedade é refletida pelo *codex* civilista atualmente vigente no Brasil, antecipando, de antemão, uma figura *convexa* para a sociedade *pré-codificada* e um espelho *côncavo* para o contexto social *pós-codificação*.

Preliminarmente, porém, é preciso que se justifique e mais bem se explique a ideia ora lançada de se valer da diferenciação entre uma sociedade *pré* e uma *pós-codificada*. Em verdade, a ordem jurídica civil brasileira anterior ao Código de 2002 já estava regida por uma codificação gestada desde 1889 e

e a transforma em um contexto extremamente mais simplificado.

idealizada por Clóvis Beviláqua, após esboços e projetos desenvolvidos ao longo da segunda metade do século XIX, que culminou no Código Civil de 1916. Todavia, foi com o *codex* de 2002 que se inaugurou um novo contexto jurídico-científico no âmbito do Direito Civil: a sociedade não se transformou em virtude da nova codificação, mas, em sentido inverso, foram as mudanças sociais que reclamaram por um novo olhar na concepção juscivilista brasileira, desaguando na gênese do Código Civil vigente.

A mutação enfrentada pelo novo Código Civil, em um contexto no qual as grandes codificações dão lugar à eferescência dos microssistemas jurídicos, não comporta a extinção das legislações codificadas, eis ser da própria natureza da herança do *civil law* a existência de Códigos estruturantes do sistema normativo. Pelo contrário, o que o Código traduziu foi um reposicionamento das codificações no ordenamento jurídico: o *grande código* deixa de ser o centro orbital e “funciona agora como direito residual, a reger unicamente os casos não regulados nas leis especiais, tendo perdido a sua função de direito comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares”³.

O novo Código Civil de 2002 nasce em contexto de *repersonalização* do sujeito concreto, em uma realidade de *despatrimonialização* do Direito Civil⁴. Em tese, *reflete* (ou, ao menos, deveria refletir) os anseios da sociedade, quer do ponto de vista passado – reconhecendo nas codificações um produto histórico de (re)produção social – quer do futuro – projetando as expectativas dos indivíduos e os anseios pessoais ao porvir. Mas esse *reflexo* se apresenta de diferentes formas e variados focos, e é por isso que adiante se entenderá o porquê de se ter o Código Civil de 2002 figurando como um *espelho convexo* para a sociedade *pré-codificação*, refletindo um passado *virtual, menor e*

³ GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, p. 47.

⁴ Por todos, *vide* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*.

direito, e como um *espelho côncavo* para a sociedade *pós-codificação*, projetando um futuro *real, menor e invertido*.

Diante desse contexto, o presente estudo se dividirá em dois planos distintos:

a) Em um primeiro momento, abordar-se-á, exatamente, a patologia de se ter, sob a ótica positivista, um Código desprezado do contexto social (quer passado, quer futuro), refletor de imagens alteradas daquilo que efetivamente representa a sociedade brasileira;

b) Em segundo lugar, procurar-se-á superar essa distorção, apresentando um projeto emancipador das mazelas carregadas pela codificação vigente, para que, mesmo sem revogá-la, possa-se viabilizá-la e aproximá-la da realidade a partir de um mero movimento interpretativo adequado, condicionado à sua imprescindível (neo)constitucionalização.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO FERRAMENTAL METODOLÓGICO

Como resultado do convívio humano em sociedade, o Direito é tido como um mecanismo sofisticado de pacificação dos conflitos do cotidiano. Entretanto, ao mesmo tempo em que é sofisticada, a ciência jurídica se mostra incapaz de atender à complexa teia de mudanças experimentadas diariamente pela vida concreta. Renovações e mutações são da essência da natureza humana e, conseqüentemente, o Direito sempre está um passo atrás do atual momento social: a pujança e a rapidez das mudanças históricas e econômicas forçam a consolidação de um “direito *vivo* e permanentemente *aberto* [capaz de atender] aos novos valores e necessidades sociais”⁵.

Para tentar atender a esse hiato, organizaram-se as normas jurídicas regentes das condutas e prescritoras de

⁵ MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, p. 31.

expectativas comportamentais de convivência. Mais do que isso, essa truncada rede sistêmica é subdividida em especialidades, conforme a natureza da relação humana desenvolvida: apenas em alguns exemplos, o Direito Penal contempla as condutas típicas e antijurídicas, cominando penas às práticas proibitivas previamente definidas⁶; o Direito Administrativo disciplina o exercício da função administrativa pelo Estado⁷; e o Direito Civil “regula as relações entre os indivíduos no seu conflito de interesses e nos problemas de organização de sua vida diária”⁸.

No âmbito do *civil law*, essas normas são expostas, em regra, por meio de Códigos. E, tratando especificamente do Direito Civil, o Código Civil assume um papel de preenchimento coadjuvante dos vácuos deixados pelas legislações especiais, em uma espécie de movimento homogeneizador e complementador desse ramo da ciência jurídica. Entretanto, essa produção legislativo-codificadora, exatamente por estar diante da pretensão de abarcar a totalidade dos comportamentos estabelecidos pelo ordenamento vigente, acaba por sucumbir à sua própria inconsistência de não atender às necessidades concretas do indivíduo⁹; de fato, a codificação acaba por *refletir* menos e de forma distorcida a efetiva realidade existente.

Indubitavelmente, a dinâmica social do cotidiano impõe uma gradual oxigenação do ordenamento jurídico, de modo a contemplar, de forma sensível, os problemas concretos da vida em sociedade. Nesse sentido, o pulular de *microsistemas jurídicos* se explica na sua plenitude: sobre o Código Civil particularmente, “a complexidade da vida contemporânea (...) não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de

⁶ CIRINO DO SANTOS, Juarez. *Direito penal – parte geral*, pp. 3 e ss.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 15.

⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 26.

⁹ O fenômeno de *descodificação*, nos termos trazidos por Carlos Alberto da MOTA PINTO, é fruto direto de uma “revolta dos factos contra os códigos” (*In.: Cessão da Posição Contratual*, p. 09), uma reação de superação dos regramentos impessoais de pretensão universal. Para mais, nesse sentido, *vide*, por todos, a obra de Natalino IRTI, *La edad de la descodificación*.

minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente”¹⁰.

Os Códigos (e, para fins do presente estudo, o Código Civil de 2002 em especial) atuam como verdadeiros *espelhos esféricos* da sociedade, projetando uma face imperfeita daquilo que ela – sociedade – efetivamente é, especialmente em vista da complexidade¹¹ que lhe é inerente. Faz-se necessário, então, lapidar essa lente, para que ela consiga se aproximar ao máximo possível da realidade refletida. E isso só é possível por intermédio da constitucionalização do Direito Civil, ou, dito em outras palavras, por meio da compreensão do Código Civil pelas lentes da Constituição Federal de 1988.

O ordenamento jurídico (mais especificamente, aqui, o Direito Civil) deve ter a Constituição Federal por centro gravitacional, de modo a superar a perspectiva patrimonialista de sua tradição e promover os valores constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana. Mais até do que isso, não basta a promoção abstrata de uma dignidade artificialmente concebida, mas sim “uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação”¹². E nesse ponto o Código Civil (ainda) parece pecar, conforme mais bem se referenciará adiante.

Para a superação desse descompasso entre o *codex* civilista e a preservação das necessidades cotidianas concretas, há

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In.: Revista de Informação Legislativa*, p. 102. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/constitucionalizacao_paulo_lobo.pdf. Acesso em: 18/03/15.

¹¹ Complexidade no sentido de a sociedade ser fundamentalmente composta por vínculos eminentemente efêmeros, por situações de cumprimento instantâneo, informalidades e pluralidades subjetivas.

¹² FACHIN, Luis Edson. *O Novo Desenho Jurídico do Contrato* – apresentação à obra de NALIN, Paulo. *Do contrato – Conceito pós-moderno...*, p. 17.

de se conceber que a inserção dos fundamentos constitucionais nas relações interprivadas é mais do que um mero padrão formalista hermenêutico: “constitui [, na verdade,] a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social”¹³. Aos poucos, a nova lógica constitucionalizada do Direito Civil “procurou superar a perspectiva patrimonialista que o distinguiu, e voltou-se para a promoção dos valores constitucionais, especialmente no que concerne à dignidade da pessoa humana, à solidariedade social, à igualdade substancial e ao valor social da livre iniciativa”¹⁴. A promoção da dignidade da pessoa humana – antes estranho ao contexto do Direito Privado – agora assume o *locus* central de atuação do Direito Civil.

E uma das grandes dificuldades vislumbradas pela codificação vigente para efetivar esse projeto concretizador do atendimento (constitucional) das necessidades reais dos indivíduos está na atuação do Novo Código como escravo de dois senhores: ao mesmo tempo em que o CC/02 projeta o futuro e busca promover, antecipadamente, a complexa teia de relações do porvir (com ênfase no *ser*), ele – Código Civil vigente – ainda teima em se filiar à tradição patrimonialista (com ênfase no *ter*) da sua origem e concepção¹⁵, reprodução um modelo moderno e burguês de legislação.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In.: Revista de Informação Legislativa*, p. 102. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/constitucionalizacao_paulo_lobo.pdf. Acesso em: 18/03/15.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p. 22.

¹⁵ A crítica desse protagonismo da “tradição privatista” no atual Código já foi diagnosticada anteriormente, como se pode apurar, por exemplo, nas palavras de Luiz Edson FACHIN: “(...) o sujeito hipoteticamente livre e senhor das suas circunstâncias goza de formal dignidade jurídica(...). E é nessa percepção que foram excluídos todos os que não tiveram acesso a tal dignidade jurídica, bem como ‘o conjunto das condições da própria natureza humana, sem restrições globais de renascimento ou de extinção’”. *In.: Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil*, p. 57. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FachinTG.pdf. Acesso em: 19/03/15.

A reflexão que o Código Civil de 2002 faz em relação à sociedade pode ser vista de duas formas: uma imagem do passado e um projeto do futuro. Ambos ausentes de fidedignidade, cochos e carentes de uma aproximação maior, que só se faz possível de serem *endireitados* por meio da sua *constitucionalização*. Antes de compreender essa relação sociedade-codificação, porém, é imprescindível que se compreenda como é que se chegou ao ponto em que se encontra o Direito Civil pátrio e como foi a gestação do Código Civil atualmente vigente.

3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA

O início do século XIX, mais especificamente o ano de 1804, com o Código Civil Napoleônico, significou o aflorar de um período marcante da ordem jurídica do *civil law*: a era das *codificações*. Por todas as nações surgiam Códigos voltados a sistematizar as relações sociais da vida do sujeito privado. Desde o *Code* francês até o BGB alemão de 1900, passando pelos Código Civil italiano (1865), Código Civil português (1867), Código Civil espanhol (1889) e até Código Civil suíço (1907), muitos diplomas legislativos eclodiram com uma pretensão universalista e com ares de completude, assumindo a (prepotente) suficiência de disciplinar integralmente a vida cotidiana em sociedade. A lei se reconhecia como autojustificante e legítima pela sua própria existência, prescindindo de uma fundamentação exterior, qualquer que fosse, em um movimento de misticismo irretocável. Como produção estatal, era autêntica e inquestionável *per si*¹⁶.

Esse período foi marcado, essencialmente, por grandes

¹⁶ A partir de Michel de Montaigne, Paolo GROSSI destaca que, neste período, impera a ideia de que “as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis”. *In.: Mitologias jurídicas da modernidade*, p. 43.

codificações e por – nelas imbricada – uma ideia de que quanto mais perene e imutável fosse um Código, melhor se lhe via; quanto mais genérico e abrangente se apresentasse, mais bem aceito seria. Marcados por uma racionalidade normativo-positivista, os Códigos eram assumidos enquanto justos e adequados pelo simples fato de emanarem da fonte exclusiva do Direito, que era o Estado. Proclamava-se por meio do *codex* uma ordem sintetizada na lei enquanto único fenômeno jurídico pleno e legítimo: as grandes codificações se assumiam, portanto, como modo privilegiado de expressão de uma “totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, ‘unidade imanente, perfeita e acabada’, que se auto-referencia[va] de modo absoluto”¹⁷.

E pelo que se reconhece, o contexto econômico e social dos países já citados contribuiu decisivamente para a explosão codificadora desse período. A reprodução e a manutenção de um modelo de dominação burguesa – quer econômica, quer ideológica – acabaram por suscitar a legitimidade dos grandes Códigos, na medida em que garantiam a *igualdade formal* e a *liberdade plena* dos indivíduos, supostamente aptos a celebração de relações jurídica de modo equânime e nivelado.

O fenômeno de codificação ganhou força e acabou por respingar em países situados fora do eixo europeu, fazendo com que várias outras nações vivenciassem, também, a experiência legislativa dos grandes Códigos. E o Brasil foi um deles: em território brasileiro, essa revolução codificadora desembocou no Código Civil de 1916, fruto da intensa produção dos juristas do século XIX, que bebiam diretamente das fontes europeias, onde residia o centro dessa revolução legislativa.

O Código Civil de 1916 foi concebido com um claro deslocamento temporal e geográfico, na medida em que pecou na não adaptação da lógica europeia à realidade brasileira. Os

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In.: *Revista de Informação Legislativa*, p.15.

contornos trazidos pelas grandes codificações do além-mar foram quase que integralmente reproduzidos, fazendo com que a artificialidade legislativa abrisse um hiato abissal à realidade cotidiana.

Essa discrepância foi potencializada quando o Brasil experimentou, ao longo do século XX – pós-codificação de 1916 –, uma peculiar e profunda repaginação em quase todos os setores da sociedade: aumento significativo da população, modernização e urbanização do país, revolução industrial, incremento do consumo, rearranjo econômico, enfim, uma série de mudanças que, como não poderia deixar de ser, refletiu, também, no âmbito legislativo, fazendo com que se concebesse um novo Código Civil, no ano de 2002¹⁸. Em que pese estivesse se evoluindo econômico-socialmente e, em alguma medida, se aproximando da realidade codificadora da Europa, o desgaste histórica já não mais permitia a manutenção do Código Civil de 1916. Uma nova codificação já se apurava com pouco menos de meio século de vigência do Código de Clóvis Beviláqua. E vinha a trancos e barrancos.

Fruto de um árduo trabalho realizado na segunda metade do século XX, a gênese da (nova) codificação se deu com o Anteprojeto de 1963, idealizado por Orlando Gomes. Esse Anteprojeto foi substituído por uma nova Comissão, em 1969, composta, dentre muitos, por Miguel Reale, Clóvis do Couto e Silva e José Carlos Moreira Alves, que culminou no Projeto de Lei 634, de 1975.

Em vista do alto número de emendas, o Projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados apenas em 1984, tendo sido o

¹⁸ Em discurso proferido quando da aprovação do Novo Código Civil, Miguel REALE destacou que o espírito que presidiu a reforma legislativa se pautava na “passagem de um sistema de regras destinado a reger uma nação fundamentalmente agrária, à qual se destinava o Código de 1916, para uma estrutura cultural marcada por novos valores sociais e pelas mais avançadas conquistas da ciência e da tecnologia. Nesse sentido, bastará lembrar que, nas primeiras décadas do século passado, 70% do povo brasileiro moravam no campo, enquanto que, hoje em dia, em igual proporção, vivem nas cidades”. A sanção da lei que instituiu o novo código civil, p. 17.

seu encaminhamento prejudicado pela instalação da Assembleia Nacional Constituinte nos anos seguintes. Assim, apenas em 1997, sob o retalho de mais de trezentas outras emendas, o Projeto Legislativo foi aprovado e retornou à Câmara, para ser convertido na Lei 10.406/2002 – o Novo Código Civil –, que, após a sanção presidencial e a observância de um ano de *vacatio legis*, entrou em vigor em 10 (dez) de janeiro de 2003, nos termos do seu art. 2.044.

Do ponto de vista estrutural, o Código Civil de 2002 manteve a opção adotada pelo BGB alemão, dispondo o seu corpo em duas partes: uma geral, destinada a organizar e condensar “aquilo que é *comum* às relações jurídicas em direito privado para, mediante exercícios de abstração, encontrar os elementos primeiros dessa relação para grafá-los em texto normativo”¹⁹; e uma especial, subdividida em Direito das Obrigações e Contratos, Direitos Reais, Direito de Família e Direito das Sucessões. Em tese, portanto, o Código Civil atualmente vigente adotara aquilo que de mais avançado havia em termos de codificação ao redor do mundo. Contudo, uma leitura mais atenta leva à conclusão de que o *novo* Código Civil de 2002 não é tão *novo* assim.

Um apanhado histórico simples demonstra, na verdade, que o Código Civil de 2002, por mais que tenha tentado acompanhar a evolução das codificações europeias, com claro viés vanguardista, já nasceu ultrapassado, fruto de uma mentalidade imperante há mais de cinquenta anos da sua efetiva entrada em vigor. Retrógrado e claudicante, portanto, portanto, o novo já foi concebido indubitavelmente com contornos de antigo, ou nas palavras de Luiz Edson Fachin, trata-se daquilo “que já nasceu passado, daquilo que foi parido de costas para o presente”²⁰.

De fato, o Código Civil de 2002 (pós Constituição

¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Reflexões críticas sobre a sua atualidade..., p. 24.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *A nova filiação Crise e Superação do Estabelecimento da paternidade. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, p. 132.

Federal de 1988) inovou ao construir um verdadeiro marco para o Direito Civil nacional, trazendo consigo uma revisão estruturo-funcional de todo o Direito Privado, especialmente por um recente movimento de constitucionalização dessa vertente jurídica. E tal se deu a partir da opção pela adoção das cláusulas gerais como subterfúgio à supressão de eventuais lacunas causadas pela evolução da sociedade. Contudo, a mera utilização de cláusulas gerais não é em si suficiente a tornar o *novo* Código (do ponto de vista da sua aprovação) uma codificação efetivamente *nova* (do ponto de vista da sua proposta normativa). Mais do que isso, a revolução apontada pela novel codificação se deu muito menos pelo Código em si e mais por conta da doutrina especializada, relutante e brava na lapidação do que se mostra *salvável* no (velho) Código Civil de 2002.

As cláusulas gerais são, de fato, elemento-chave para a construção de um Direito poroso às particularidades do cotidiano, dada sua elasticidade e sua ductibilidade em relação à realidade social²¹. Entretanto, a mera utilização desse mecanismo não garante uma evolução efetiva ao diploma normativo. É preciso ir mais além e adequar o seu conteúdo aos ditames constitucionais norteadores do sistema jurídico; superar o elevado grau de abstração presente na nova codificação para contemplar a crise do sujeito concretamente concebido²². E o Código Civil de

²¹ “As cláusulas gerais (...) conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *In.: Revista de Informação Legislativa*, p. 6. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 19/03/15.

²² Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “a crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código

2002 sofre desse mal: avança na parte instrumental, mas peca na essência ainda eminentemente patrimonialista.

Uma vez mais (e à exaustão) se repita que o instrumento da cláusula geral utilizado pelo Código Civil atualmente vigente, do ponto de vista formal, não significa um avanço *per se* suficiente a revolucionar a lógica do Direito Civil e torná-la definitivamente correspondente fiel da realidade social: mais do que previsões abstratas e distensoras, devem-se consagrar “critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitadas os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido”²³ (constitucionalmente).

Exatamente por isso é que o *novo* Código reflete distorcidamente o contexto social (passado e futuro): diminui a sua complexidade, assumindo condição figurativa de um legítimo espelho esférico, com funções diferentes para cada tempo. Para o passado, funciona a codificação como um espelho claudicante: enraíza-se na tradição patrimonial do individualismo abstrato, fruto de um movimento liberal burguês da modernidade (e o faz com relativo sucesso), ao mesmo tempo em que busca uma emancipação constitucional de promoção coletivista do sujeito concretamente considerado (e o faz com retumbante fracasso).

3.1 O CÓDIGO E A SOCIEDADE BRASILEIRA DO “PAS-SADO”: O ESPELHO CONVEXO

Tendo por marco o Código Civil de 2002, é certo que a

Civil brasileiro. E é por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal”. *In.*: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 85.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas de uma reforma legislativa, p. 11.

sociedade brasileira pode ser vislumbrada sob duas óticas diversas: uma realidade *pré-codificação* e um contexto *pós-codificação*. E, inicialmente, no que tange aos contornos da sociedade adstrita entre o Código Civil de 1916 e o atualmente vigente, é certo que esse novo *codex*, sob um cariz positivista, reflete uma realidade *menor, virtual e direita do passado*, atuando como verdadeiro *espelho convexo* do seu tempo ido.

É o que se demonstrará.

3.1.1 IMAGEM MENOR

Partindo das premissas até aqui apresentadas, destacando-se o fato de serem os Códigos verdadeiros positivadores de expectativas de comportamentos, é certo que o Código Civil de 2002 diminui a realidade da sociedade brasileira que o precedeu. Indubitavelmente, a decisão legislativa que culminou na promulgação do *codex* vigente se resume a *escolhas* daquilo que efetivamente se aspira no contexto privado do ordenamento jurídico pátrio.

Dentre as funções do Código Civil, que passam pela organização da vida social e do regimento das relações em que envolvam o sujeito privado, é certo que está a conformação didática das normas regentes do convívio em sociedade. Essa preocupação organizacional, ainda que imprescindível à própria essência da codificação, inevitavelmente reduz e simplifica a real complexidade do fenômeno social. Por isso é que os Códigos (e, aqui, particularmente, o Código Civil de 2002) vão sempre refletir a sociedade por uma imagem menor do que ela efetivamente se apresenta. O espelho convexo sempre vai diminuir o seu objeto refletido.

Afora o critério *objetivo* de eleição das situações, relações e comportamentos exigidos, há ainda de se considerar o aspecto *subjetivo*, ou seja, a seletividade feita pela codificação ao determinar quem é contemplado (ou não) pela ordem jurídica

vigente e quem é protegido (ou não) na condição plena de sujeito de direito: “(...) tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sobre si, compra, venda, pode testar, e até contrair núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo”²⁴.

Ainda nessa toada, tem-se que o ordenamento jurídico abarca ramos e legislações diversas e específicas, responsáveis por contemplar (apenas) determinadas *vertentes* do Direito: por exemplo, a complexidade do sistema jurídico fez nascer o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, o Direito do Consumidor e assim por diante. A especialização de *nichos jurídicos* ocasiona uma limitação natural da hipótese de abrangência de cada ramo do Direito. Assim, o Direito Civil tem, naturalmente, um setor diminuto da ciência jurídica para contemplar, o que, por consequência, determina uma reflexão ainda menor quando se refere estritamente ao Código Civil.

A codificação civil vigente, além da artificialidade linguística da qual se utiliza, acaba por chancelar naturalmente uma disciplina limitada do contexto abrangido pela ordem jurídica. A imagem refletida pelo Código Civil de 2002 é uma projeção em tamanho menor do que aquilo que efetivamente existe: quer pelas limitações inerentes ao próprio ordenamento, quer pela insuficiência do próprio linguajar científico utilizado. Declaradamente, o artificial-codificado é menor que o natural-vivido.

Dentro dessa perspectiva, é importante que se destaque a carência com que se apresenta o *léxico científico* disponível à positivação das expectativas de padrões comportamentais construídas pelo Direito e, mais especificamente, afetas ao ramo do Direito Civil. É certo que o âmbito do Direito Privado (e, ainda mais estrito, o Código Civil) não suporta acompanhar em mesma

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil*, p. 57. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FachinTG.pdf. Acesso em: 19/03/15

passada a evolução da complexidade social, limitando-se a re-verberar aquilo que se mostra possível aos ditames jurídicos formulados pelo próprio sistema.

Fala-se que o Direito, em última análise, atuaria enquanto “uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social”²⁵. Entretanto, é preciso que se reconheça que essa *unidade* – quer do ponto de vista *macro*, quer do ponto de vista *micro* (sob a ótica estrita do Código Civil) – só é obtida a partir de uma artificial composição lógica da vida cotidiana. O Direito, enquanto *pacificador social*, só se mostra inteligível devido à sua organização unitária, construída de forma sofisticada para tentar reduzir a complexidade real da vida cotidiana e, conseqüentemente, viabilizar sua compreensão e seu regramento.

Ao disciplinar a vida do sujeito privado e suas relações pautadas no tripé contrato, propriedade e família, a *nova* codificação deixa escancarar uma opção ideológica eminentemente patrimonial do legislador. E essa opção acaba por subverter a realidade das relações sociais, disciplinando apenas selecionados vínculos *relevantes* aos olhos da legislação vigente. Trata-se de uma redução manifesta e, em alguma medida, proposital, para o fim de se viabilizar a realização do Código atualmente vigente, mesmo que se pague o preço de distanciá-lo da realidade (passada e presente). O problema é que, de fato, quanto mais reduzida for a complexidade da codificação, maior será o distanciamento desta da sociedade e, conseqüentemente, menor será o seu poder de mutação do ambiente social.

Fatalisticamente, o Código Civil de 2002 reduz a sociedade refletida. Projeta de forma diminuta os contornos sociais. Em termos físico-figurados, atua como espelho convexo, refletindo uma imagem em um tamanho menor do que o objeto efetivamente tem.

²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, p. 11.

3.1.2 IMAGEM VIRTUAL

O Código Civil de 2002 tentou *corrigir os “erros”* trazidos pela codificação anterior, praticamente como um movimento de *idealização* da produção legislativa que nascia. Propositamente, buscou superar o Código Civil de 1916, com olhos para o futuro: reconheceu a virtualidade do contexto social *pré-codificado* para contemplar a realidade da sociedade brasileira do século XXI.

De fato, o Novo Código Civil acabou não cumprindo na íntegra o papel a que se dispôs. Devido ao arrastado trâmite de sua elaboração, o momento da sua entrada em vigor sinalizou certa desatualização em relação ao contexto em que se inseria. Todavia, não se pode negar que, em alguma medida, o Código de 2002 pretendeu aproveitar o passado de forma seletiva (*virtual*), para cravar um futuro esculpido de forma mais fidedigna (*real*).

Figurativamente, portanto, a codificação civil atualmente vigente funciona como um espelho esférico de face *convexa* para a realidade anterior a si: além de diminuí-la, trouxe consigo apenas aquilo que efetivamente estaria enquadrado na pretensão futura da produção legislativa, ou seja, concebeu olhos seletivos e artificiais sobre uma *realidade virtualmente concebida*.

A partir da exposição de motivos apresentada preambularmente ao texto codificado, claramente se vê que uma das intenções do Código Civil de 2002 era a de *consertar* a realidade, para conseguir contemplar de forma verossímil as idiosincrasias da sociedade brasileira de seu tempo. Tanto é que uma das diretrizes *declarada* como fundante ao novo Código foi exatamente a de atualizá-lo “não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais

setores da vida privada”²⁶. Entretanto, o discurso não parecer ter se efetivado na plenitude, mas demonstra, ao menos, uma honestidade científica no reconhecimento da seleção artificial de temas a figurar na novel codificação.

A *artificialidade* do *codex* funcionou como verdadeiro fenômeno *idealizador* do *mundo fático*, esboçando apenas uma imagem *virtual*, que não se projeta na realidade refletida, mas apenas nos prolongamentos da reflexão. Ou seja, o espelho convexo-codificador não reflete a imagem; o reflexo, na verdade, está na construção dissimulada do que seria o reflexo, se ele, de fato, fosse projetado. É como se a imagem fosse projetada *atrás* do espelho, o que reforça a ideia de que o Código Civil de 2002 deliberadamente manipulou os contornos fáticos da realidade *pré-codificada*, para corrigir tudo aquilo que se apresentava como *falha* nas lentes da codificação anterior.

O conceito de *virtualidade* pode ter dois significados distintos: de um lado, pode traduzir algo que existe apenas artificialmente, sem a devida confluência equivalente no mundo real; de outro lado, porém, pode ser virtual algo que se apresenta potencialmente, em vias de se realizar, ao menos sob a perspectiva daquele que enxerga o objeto virtualmente concebido. E se o primeiro conceito já foi aplicado acima, o segundo também pode ser inserido dentro da lógica de reflexão distorcida da realidade passada pelo Código Civil de 2002.

Em sendo fruto de expectativas de comportamentos definidas pelo legislador, a *nova* codificação também significou uma esperança de nova perspectiva da realidade *passada* por meio do Código *futuro*. De fato, ainda que não realizado na prática, é declarada a pretensão do *novo codex* de que busca(ria) contemplar “algumas *perspectivas* inerentes ao longo caminho que ainda resta a ser trilhado pela codificação civil brasileira, ao horizonte da otimização gradual de suas disposições,

²⁶ Exposição de motivos do Código Civil de 2002, redigida pelo Sr. Ministro de Estado de Justiça. Brasília, 06/06/75.

apontamento esse erigido sob o pálio (...) de que ao *tempo* estava abrigada a tarfeda de se fazer (...) um *Código* condizente com o horizonte constitucional e em *movimento* com a plural dinamicidade social que o esteia²⁷.

Claramente, a nova codificação não concretizou os anseios futuros, conforme também se demonstrará adiante. Contudo, ao não atingir os seus (manifestos desígnios), também é fato que o Código Civil de 2002 *virtualizou* os tempos idos ao criticar os seus contornos, mas sem superá-lo integralmente, ficando o passado ainda perambulando pelo presente como um fantasma com *resquícios* toscos e ultrapassados.

A transmutação da experiência vivida nos tempos idos pelas mãos do *novo* Código Civil para a atualidade traduz, da mesma forma, a virtualidade com que é refletido o passado pelas lentes do *codex* de 2002. Assim, o novo Espelho-Código subverteu a Imagem-Sociedade também no seu aspecto conceitual, deixando-a na apenas menor, mas virtual e artificialmente concebida, distanciando o reflexo do seu efetivo corpo.

3.1.3 IMAGEM DIREITA

De alguma maneira, o Código Civil de 2002 manteve-se mais próximo dos contornos da sociedade *pré-codificada* do que propriamente se emancipou dessa tradição patrimonialista. Talvez por ser *filho* do pensamento *juspositivista* do século XX, a codificação ora vigente ainda guarda pés enraizados no seu tempo passado.

Apesar de aparentemente ter trazido grandes avanços²⁸ à

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. O fluir do tempo de um Código em movimento. In.: EHRHARDT JR., Marcos (coord). *Os 10 anos do Código Civil – evolução e perspectivas*, p. 14.

²⁸ Apenas para que se fique com um exemplo, citam-se os artigos 421 e 422, do Código Civil, por meio dos quais se estipulou a *funcionalização* do instituto dos contratos, regidos – da fase pré-contratual à pós-contratualmente – pelos ditames da probidade e, fundamentalmente, do princípio da boa-fé, este assumido enquanto própria condição da efetivação dos contratos. Para mais, *vide* NALIN, Paulo. A boa-fé como

realidade do Direito Civil brasileiro, é certo que essa nova codificação refletiu mais o seu passado (ainda que de forma *selecionada* e *artificial*) do que propriamente almejou o futuro. De forma *direita* (e não *invertida*), o Código Civil de 2002 procurou “consertar” a realidade de seu tempo, fazendo-o a partir de uma espécie de *panorama fotográfico* da situação social do Brasil quando da sua elaboração (último quarto do século XX). Desta feita, o *Novo* Código parece mais afinado com o seu tempo anterior do que, propriamente, com o seu porvir. E é nesse contexto que se reconhece o Código Civil de 2002 como um legítimo *espelho convexo do tempo ido*: reflete uma imagem *direita* da sociedade brasileira do século passado.

A nitidez com que o passado se enxerga no Código-espelho parece ser muito mais escancarada do que aquela imagem que o futuro tem de si ao se ver refletido na *nova* codificação. Se é fato, conforme já se teve a oportunidade de mencionar²⁹, que o presente foi renegado pelo Código, nada mais se pode dizer do futuro a não ser que ele deixou de soprar os alvissareiros ventos da mudança para ser *mais do mesmo*. Como numa espécie de relativização absoluta do tempo, o Código tornou o futuro mais passado que o próprio passado (ou, se se preferir, o passado está mais presente do que o próprio presente).

À primeira vista, parece paradoxal o *espelho-Código* refletir a imagem *direita* e *virtual* do seu passado. Isso porque, se se afirma que a *nova* codificação está mais afinada com o seu tempo pretérito do que com o porvir, tal assertiva parece soar destoante do que se asseverou anteriormente, quando se teve a oportunidade de destrinchar a artificialidade com que o Código Civil de 2002 enfrentou o seu passado. Entretanto, essa conclusão é precipitada e a contradição é apenas aparente.

Ainda que refletindo de forma mais fiel o seu passado

elemento de existência do negócio jurídico. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, v. 6 (Parte Geral), série Grandes Temas de Direito Privado, pp. 341-390.

²⁹ Nesse sentido, *vide* n. 19, acima.

(do que propriamente almejando uma mudança futura), é certo que o Código Civil de 2002 absorveu apenas em parte esse *passado*. Como já se teve a oportunidade de mencionar, o *descomplicar* e o *sistematizar* são fatores intrínsecos à própria viabilidade da codificação, fazendo com que se positivem apenas as expectativas comportamentais da vida em sociedade. Ou seja, ainda que se projete de forma direita (e não invertida) o passado pelas lentes do *codex*, esse mesmo passado é exposto de forma artificial e manifestamente reduzida.

A virtualidade da reflexão da sociedade *pré-codificada* se refere às opções limitadas e compiladas em perspectiva pelo legislador no Código Civil. Já a retidão com que ela – sociedade *pré-codificada* – é refletida (*imagem direita*) diz respeito à mera exposição desses comportamentos, sem qualquer resultado de reformulação da sociedade: ao contrário do que visa, por exemplo, a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 parece se contentar com o *status quo* do seu passado, apenas projetando a realidade posta.

Do ponto de vista axiológico, a *nova* codificação (que, repita-se à exaustão, é muito mais nova pelo tempo em que foi aprovada do que pelas disposições trazidas) reproduz, ainda que sutilmente, uma leitura eminentemente retrógrada, típica do século XX. Em alguns temas específicos, a opção pela tradição parece ser bem marcada: no campo dos direitos de personalidade, negligenciam-se o *projeto genoma*, a *clonagem*, as *reproduções humanas assistidas*³⁰ e os debates sobre sexualidade dos indivíduos, além de tratar de forma muito superficial (e cocha) o tema da doação de órgãos³¹; para o direito dos contratos,

³⁰ As únicas referências feitas pelo atual Código a esse tema se resumem às presunções de filiação previstas no art. 1.597. Ali, o legislador traçou uma distinção entre reprodução assistida homóloga (fecundação proveniente de material genético disponibilizado pelo próprio casal) e heteróloga (fecundação viabilizada pela doação de material genético de terceiro). E nada mais. Para maiores detalhes acerca dessa diferenciação, *vide*, por todos: LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.

³¹ Arts. 13 e 14, do CC/02.

manifestamente se omitiu acerca do e-commerce e das relações contratuais travadas na grande rede de computadores; no direito de família, deu-se tratamento subvalorizado às relações de união estável, mantendo uma aparente *preferência* pelas relações formalmente constituídas pelo casamento³²; enfim, veem-se incontáveis traços de que o Código Civil de 2002 mostra de forma direta o seu passado (por ser fruto de uma racionalidade temporal e geograficamente deslocada), renegando olhos ao futuro.

Fincam-se raízes no passado e expõe-se a nitidez do tempo ido. A expectativa de revisão dos tempos idos não se confirmou. A esperança *virtual* culminou na fotografia *direita* de um passado ainda reinante e regido pela batuta da *nova codificação*.

3.2 O “FUTURO” DA REALIDADE BRASILEIRA E A CODIFICAÇÃO CIVIL: O ESPELHO CÔNCAVO

De fato, conforme já se teve a oportunidade de destrinchar, o Código Civil de 2002 não é uma obra fruto de seu tempo. Pelo contrário, ainda que com elevado grau evolutivo em relação à legislação que revogou, é certo que a concepção dessa nova codificação arrastou-se por aproximadamente quarenta anos, fazendo com que a lei *envelhecesse* em pleno processo de *nascimento*. E exatamente por isso já se vê que, aos poucos, “o reinado secular dos dogmas que engrossaram as páginas dos manuais clássicos e engessaram o Direito Civil começa a ruir. Ao redor dos conceitos encastelados pelas hábeis mãos da lógica formal, enfileiram-se fatos que denunciam o outono do conformismo racional”³³. Claramente, o Código Civil se esfacela frente

³² Um dado interessante confirma essa afirmação, ainda que seja derivado de um coitejo raso e acrítico entre casamento e união estável: enquanto esta é mencionada dezesseis vezes em toda a extensão do Código Civil de 2002, o casamento guarda 141 ocorrências.

³³ FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação Crise e Superação do Estabelecimento da paternidade. *In.: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, p. 132.

à dinâmica heterogênea das relações sociais: fluídas, efêmeras e clamando por um olhar humano e concreto – desaba a codificação em espaço de tempo diretamente proporcional à dificuldade enfrentada para se amoldar aos tempos presente e futuro (que, para o Código Civil vigente, são, na verdade, ambos tempos passados).

O futuro da realidade brasileira, nesse contexto, também está refletido pelo Código Civil de 2002. Todavia, da mesma forma que para o passado, há uma distorção profunda do porvir pelo *espelho codificado* côncavo, demonstrando, agora, uma imagem menor, real e invertida desse contexto. É o que se verá.

3.2.1 IMAGEM MENOR

Da mesma forma que se dá com o contexto social passado, é certo que o Código Civil de 2002 também diminui a projeção futura da realidade brasileira. A simplificação é da natureza da codificação, acabando por distorcer a real *face* da sociedade por ele regida.

A complexidade da concretude social, por uma questão lógica, não pode ser totalmente condensada nos limites do Código Civil. Dessa feita, o legislador se vale de mecanismos técnicos para contemplar as interações da sociedade e solucionar os seus conflitos com a máxima abrangência. Além disso, já se teve a oportunidade de mencionar que o Direito Civil se expressa como apenas uma das vertentes da ordem jurídica, pelo que se vislumbra uma diminuição ainda mais acentuada do objeto refletido: a sociedade.

O pinçar do Código acerca das situações do cotidiano está escancarado na escolha seletiva de determinados temas a se disciplinar: “no campo do direito hereditário, a preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostenta-se em traços berrantes. Para facilitar a conservação do patrimônio formado pelo chefe da família e atender à preocupação, muito difundida, de garantir

o futuro dos filhos, preservando-os da adversidade ou prevenindo-lhes a estroinice, (...) confere ao testador o direito incondicionado de gravar os bens dos herdeiros, mesmo os que constituem a legítima, com a cláusula de inalienabilidade vitalícia”. Sob essa perspectiva, opõe-se tal restrição “ao princípio da livre circulação dos bens, um dos postulados básicos da ordem econômica e social que disciplina no plano das relações privadas”³⁴.

A finitude das expectativas comportamentais é (ao menos em tentativa) superada pela elaboração de cláusulas gerais que, dentro das possibilidades da ciência jurídica e do mobiliário linguístico disponível, buscam subsumir a maior abrangência de situações concretas à sua genericidade. Contudo, como já mencionado, essa tentativa de elastecimento das previsões normativas tem como consequência lógica (e paradoxal) a diminuição da complexidade da vida cotidiana, apresentando reflexos menores do que a silhueta que a sociedade efetivamente ostenta.

3.2.2 IMAGEM REAL

Quando do advento do Código Civil de 2002, a codificação anterior já não mais se adequava aos contornos fáticos e estruturais da realidade social brasileira. O desgaste do Código de 1916 fez surgir um novo *codex*, para tentar *renovar* a disciplinar civilista vigente.

A produção legislativa que culminou no Novo Código Civil, portanto, buscou, em essência, contemplar os anseios e expectativas futuras da sociedade. A virtualidade da imagem da sociedade *pré-codificada* deu lugar a (ao menos uma pretensão de) reflexão *real* daquilo que se esperava advir no pós-2002. O Código Civil de 2002, ao menos na teoria, procurou projetar a realidade de uma nova sociedade: um contexto brasileiro mais

³⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 16. Ainda que se referindo ao Código Civil de 1916, GOMES parece travar uma crítica facilmente aplicável ao Código atualmente em vigor.

urbano e industrializado, inserto em um bojo constitucional fundamentalmente baseado na proteção à dignidade da pessoa humana; um panorama contratual capitaneado pelo princípio da boa-fé; uma revisão dos termos patrimoniais vigentes no Brasil até aquele momento, com ênfase na funcionalização do instituto da propriedade; uma readequação do contexto familiar à realidade social, com a percepção de uma família *eudemonista*, expressada sob as mais diversas modalidades; enfim, um projeto codificador que supostamente estaria *antenado* ao futuro esperado para o século XXI.

O espelho codificado, aqui, mostrou-se *côncavo*, refletindo, agora, uma imagem menor (admite-se), mas real, hipoteticamente sensível ao porvir. Mesmo diante das críticas construídas em face desse Novo Código Civil de 2002³⁵, homenagens foram rendidas no sentido de reconhecer um avanço significativo na positivação do Direito Privado pátrio, que estaria consonante ao que havia de vanguarda nos ordenamentos jurídicos mundo afora³⁶.

Nesse sentido, tem-se que “(...) o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros

³⁵ Nesse sentido, vejam-se Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, que apontam um retrocesso estrutural do Novo Código, alertando que “mesmo a estrutura do projeto, tomada em si mesma, demonstra a preocupação primordial com o patrimônio: o primeiro livro da parte especial diz respeito ao direito das obrigações, que trata, essencialmente, da circulação de bens. Em seguida, no livro segundo, vem o direito da empresa, buscando-se a preconizada unificação do Direito Privado. O terceiro livro, a seu turno, dispõe sobre os direitos reais. Apenas o quarto livro (...) trata, em parte, de relações que podem não possuir conteúdo patrimonial, quais sejam, as de Direito de Família. Ainda assim, grande parte dos artigos desse livro trata de relações de ordem eminentemente patrimonial”. *In.*: Um projeto de código civil na contramão da constituição, p. 247.

³⁶ Silvio de Salvo VENOSA atesta, por exemplo, estar-se diante de um “Código Civil, obra que poucas nações almejarão e conseguirão levar a cabo neste século XXI, do qual devemos nos orgulhar”. *Direito civil*, p. 102; Ainda, como não poderia deixar de ser, Miguel REALE afirma ser o Novo Código Civil obra sem precedentes e *transpessoal*, que marca “a passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência”. *O novo código civil e seus críticos*.

povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (...), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial”³⁷. Em uma palavra, ratificando o olhar real dado pela codificação ao âmbito social do passado, esta é “em várias disposições, é mais uma expressão de idéias do que de realidades”³⁸.

A pretensão de ser real (aproximar-se da realidade, ainda que diminuindo-a) do Código Civil de 2002 está fundamentalmente apresentada nas cláusulas gerais. No entanto, é preciso ter cuidado para não cair em uma (in)superável “discricionariedade positivista”³⁹ quando da sua aplicação ao caso concreto.

As cláusulas gerais precisam de um preenchimento hermenêutico adequado para conseguir contemplar as particularidades do caso concreto. Entretanto, o trabalho interpretativo não pode ser desbalizado e, conseqüentemente, avesso a qualquer limitação. Faz-se necessário, sim, que se estabeleça uma *moldura de possibilidades* para que as cláusulas gerais não se tornem *cheias* de possibilidades, mas *vazias* de sentido adequado às diretrizes dadas pelo ordenamento jurídico.

E o molde de preenchimento das cláusulas gerais deve ser dado, sempre, pela Constituição Federal de 1998. Somente mediante as limitações e possibilidades apresentadas pela ordem constitucional é que se evitarão os malefícios da *discricionariedade positivista* e o *pamprincipiologismo*, em que tudo é possível e qualquer interpretação é cabível. Só é (pode ser) possível e cabível aquilo que for constitucionalmente vislumbrado, a interpretação que encontrar guarida no texto constitucional. Há de se ter um limite. E sobre isso mais bem se falará adiante.

³⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 22. Vide comentário no n. 33, acima.

³⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 23. Vide comentário no n. 33, acima.

³⁹ A expressão é de: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?, p. 02.

3.2.3 IMAGEM INVERTIDA

A concepção originária do Código Civil de 2002 estava atrelada a um *vislumbramento* de superação da lei civil vigente até então (Código de 1916), aliado à (suposta) necessidade de readequação da lei nuclear do Direito Civil brasileiro. Todavia, a gestação do Novo Código Civil acabou por se estender demais e, ao final, gerou um fruto distante do que se almejava inicialmente, que era, em verdade, dar conta das mudanças experimentadas pela sociedade brasileira do novo século.

Com a aprovação do Código Civil atualmente vigente, o que se apresentou foi, de fato, um produto distorcido da realidade, em uma espécie de *espelho côncavo*, refletor da *imagem social* de “ponta cabeça”. A projeção trazida pelo Código Civil de 2002 se apresentou menos fidedigna do que aquele reflexo apresentado do seu tempo passado: ao que se constata, o *espelho codificador* parecer ter representado melhor o passado do que propriamente o futuro.

As mudanças na sociedade foram a mola propulsora da aprovação do *novo* Código, mas pareceu, ao final, mais como um movimento de superação absoluta da realidade à qual supostamente a codificação deveria servir: “dissociar o Código Civil dos próprios costumes da sociedade seria a única maneira de reformá-la, formulando regras abstratas que, ao serem aplicadas à sociedade brasileira, acabariam por forçar a sua transformação. Por isso que, para promover o progresso da nação, o Código Civil devia ser moderno e liberal, livre dos vícios que caracterizaram o passado brasileiro”⁴⁰.

A nova codificação, ao tentar contemplar o sujeito de direitos como centro gravitacional das disposições legais (e não como mero ente da relação jurídica), acabou por pecar em algo ainda maior: manteve-se distante da realidade concreta,

⁴⁰ GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*, pp. 35 e 36.

dispondo apenas genericamente sobre os interesses reais dos indivíduos. E, aqui, o debate não paira sobre “o individualismo abstrato do Liberalismo nem, tampouco, de concepção coletivista que coloca o todo como ente diverso dos seres concretos que o compõem – ou seja, como ente também abstrato a ocupar um lugar metafísico”. O ponto chave negligenciado pelo Código é o de “proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética de alteridade, e jamais individualista. (...) Vem à tona, nessa esteira, a relevância dos direitos fundamentais, sobretudo no que toca a discussão sobre sua eficácia nas relações privadas”.⁴¹

De nada adiantou o atual Código ter declarado nortear-se pelos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, se ainda projeta para o futuro um passado que teima em ser presente. À primeira vista, essa projeção parece ser um movimento natural do projeto de codificação, especialmente por ser fruto de uma evolução histórico-experiencial adquirida pelo legislador. Entretanto, uma leitura mais atenta mostra nesse resultado uma anomalia preocupante, ainda mais quando próprio Código Civil assume essa pretensão de (se) projetar (para) o futuro e superar os retrocessos da antiga codificação, que é exatamente o que fez o Código de 2002.

A Exposição de Motivos do Novo Código Civil, de autoria do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil – Miguel Reale –, expressada na Mensagem n. 160/1975, de relatoria do então Ministro da Justiça, Armando Falcão, traz que, segundo os idealizadores da codificação de 2002, “o que importa é ter olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro breve ou longo que possa ter a obra realizada”. Nesse

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 19/03/15.

sentido, arrebatada com a percepção de que “outra não pode ser a atitude do codificador, dada a natureza essencialmente ambivalente de sua missão, que consiste em afundar raízes no passado para melhor se alçar na visão do porvir”⁴². Apesar da limpidez do olhar para o futuro, os pés do Código ainda estão sujos com o barro do passado.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A APROXIMAÇÃO ENTRE O “REFLETOR” E O “REFLETIDO”

Como se vem afirmando figurativamente ao longo do presente texto, o Código Civil de 2002 representa um projeto refletor da sociedade, apresentando-se como um *espelho* de natureza distinta em relação ao seu passado e ao seu futuro. Fato é que, independentemente da ótica com que se lhe observa, o positivismo acaba por torná-la – a codificação civilista – um espelho *esférico*, responsável por distorcer consideravelmente a realidade refletida. E isso não poderia deixar de ser diferente: a própria conotação burguesa-positiva do Código, reprodutora de um contexto social e jurídico de tempos superados, não dá conta plenamente das complexas relações da dinâmica social hodierna.

Apesar desse distanciamento entre a concepção codificadora e a fluidez social atual, é preciso que não sejam medidos esforços a fim de se *planificar* esse espelho, de modo que ele possa refletir com o máximo de fidedignidade a realidade posta. E isso não significa ter de abrir mão do Código atualmente vigente para se gerar uma nova lei: o movimento capaz de *aplanar* o *codex* de 2002 é possível e passa, necessariamente, pelo projeto de superação do positivismo jurídico (condição pós-positivista), pela percepção dos limites das *condições interpretativas*⁴³

⁴² Exposição de Motivos do Código Civil de 2002.

⁴³ A expressão é de: STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes, p. 03.

do texto codificado e, nesse sentido, por uma consolidação lógica do movimento de constitucionalização do Direito Civil.

Quando se fala em superação do positivismo jurídico, está-se a referir a uma tentativa de *oxigenação* do Direito, ou seja, recompor “as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência”⁴⁴. Em outras palavras, trata-se de agregar subsídios à ciência jurídica capazes de aproximá-la de forma mais decisiva da *fattispecie*. O mundo prático centra-se no “teatro do sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis”, proporcionando um “grande exorcismo da realidade” em relação à ciência jurídica, mantendo-a distanciada, “nada querendo saber dela”⁴⁵. Dessa forma, o *pós-positivismo* reconhece a imprescindibilidade da valoração moral na teoria da interpretação jurídica: a separação direito/moral do positivismo dá lugar à concepção plena de que “as fontes do direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver estes casos”⁴⁶. Dessa forma, reconhece-se que “os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvencilhar’ do mundo prático)”⁴⁷.

Superar o movimento positivista, portanto, significa reconhecer a necessidade de se preencher o sistema jurídico com fatores alheios à sua composição original, mas que se mostram imprescindíveis à aproximação do Direito da realidade cotidiana. De nada adianta uma proposta jurídica de completude, se ela nem sequer dá conta das mazelas e da mutabilidade a que está exposta a vida em sociedade.

Já no que diz respeito à percepção limitativa das

⁴⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno Contrato – Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*, p. 215.

⁴⁵ HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Piaget, s/d, pp. 115 e segs. *Apud*: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo...*, p. 04.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo...*, p. 05.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo...*, p. 05.

condições de interpretação do Código Civil de 2002, essa está intimamente relacionada ao preenchimento da carga normativa das cláusulas gerais por intermédio de um movimento hermenêutico limitado às possibilidades constitucionalmente vislumbradas.

Afora a crítica feita ao vício técnico da elaboração do Código Civil, que, em tese, estaria destoante das alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988, do ponto de vista axiológico, o novo *codex* também peca, na medida em que, “procurando ser neutro e abstrato (...), como ditava a cartilha das grandes codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstitui, purificada, a técnica regulamentar”⁴⁸. As poucas cláusulas gerais encartadas pelo Novo Código de 2002, por “desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”⁴⁹. Por isso, é preciso delimitar as condições de interpretação conforme a extensão admitida pelo campo constitucional. Ou seja, as cláusulas gerais encartadas pelo Novo Código Civil não admitem qualquer interpretação, mas apenas aquela(s) possibilitada(s) constitucionalmente.

Os princípios (constitucionais) atuam como legítimos cânones hermenêuticos nessa perspectiva, contribuindo de forma decisiva para a construção das condições limitativas de interpretação das cláusulas gerais esboçadas pelo Código Civil. Todavia, é preciso que se cuide para não cair em um vício de *pamprincipiologismo*.

O *pamprincipiologismo*⁵⁰ é uma patologia de que sofre a ciência jurídica brasileira, cujos sintomas se manifestam, declaradamente, nos atos interpretativos e aplicativos da lei. Para justificar uma decisão preliminarmente tomada, o intérprete se vale

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p.09.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p.09.

⁵⁰ A ideia central do *pamprincipiologismo* é formulada, fundamentalmente, por Lenio STRECK, em seu *Verdade e Consenso*.

de fundamentos construídos *de trás para frente*, indicando a sua premissa apenas após definida a sua conclusão. E, nesse ponto, a justificativa se pauta em *qualquer alicerce* travestido em *princípio* – e.g., já se fala em princípio da afetividade e até princípio da felicidade.

De fato, os princípios são normas, com caráter deôntico. Entretanto, ao se banalizar a definição desses princípios, aceitando caberem em qualquer forma (felicidade e afetividade, por exemplo), a sua carga deontológica se perde, fazendo-os letra morta e mera peça decorativa na estante jurídica. Por isso, é preciso que se maneje com extremo cuidado a questão da incidência principiológica no ato de limitação das condições interpretativas do sistema jurídico, definindo-se com exatidão as possibilidades de aplicação do Direito Civil positivado, todas elas limitadas, fundamentalmente, pelo texto constitucional.

Finalmente, é importante que se destaque que tanto o movimento de consolidação do pós-positivismo como a construção das condições interpretativas passam pelo fenômeno de constitucionalização do Direito Civil. Esse fenômeno busca, em suma, banalizar a condição de concretude do Direito Civil (e, consequentemente, do Código Civil) por meio da incidência da Constituição Federal enquanto núcleo do ordenamento jurídico. Nesse sentido, parece que o ponto nevrálgico da constitucionalização do Direito Civil no âmbito do *novo* Código atualmente vigente é, especificamente, resolver um problema *antigo*: “superar (...) a clivagem abissal entre a proclamação do discurso das boas intenções e efetivação da experiência (...), simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, [que] convive diuturnamente na educação jurídica”⁵¹.

Figurativamente, nos termos apresentados aqui, a constitucionalização do Direito Civil (aliada aos seus desdobramentos de superação do positivismo e de definição das condições interpretativas das cláusulas gerais) atua como nivelador do *espelho*

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, p. 332.

esférico codificado, aplanando-o para refletir com a máxima fidelidade a realidade social pátria.

A adoção das cláusulas gerais pelo Código Civil, diga-se uma vez mais, foi um passo significativo na busca por essa aproximação entre direito positivo e sociedade. Contudo, tal como estão, essas cláusulas “pouco contribuem para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas”, sendo imprescindível uma técnica “que reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a *ratio* imperante no ordenamento, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional”⁵².

Indubitavelmente, *superar a tradição* do Código Civil não soa possível na sua plenitude. É preciso aproveitar os ensinamentos do passado, para poder completar o futuro. E isso a exposição de motivos do Novo Código de 2002 reconhece com propriedade, mesmo não levando a cabo a sua totalidade: “não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores de experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada”⁵³.

Está-se diante de um grandioso desafio, entendido aqui o termo “grandioso” tanto no que tange à dimensão da provação de que se fala, como também no que se refere à majestosa oportunidade de que se dispõe para *aplanar* o espelho: deve-se “recolher a contribuição do pretérito e projetá-la para o porvir, problematizando teorias e práxis que acalentaram, durante décadas, ao menos no Brasil, uma concepção insular de institutos e figuras jurídicas pouco apta a formar mentes e corações que, a partir

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas de uma reforma legislativa, p. 10.

⁵³ Exposição de motivos do Código Civil de 2002.

(e por meio) do discurso e da prática jurídica, não reproduzam conhecimentos e sim se proponham a dar efetividade constante ao texto normativo constitucional”⁵⁴.

Contentar-se com o passado é assumir o obsoletismo do projeto codificador, rendendo-se à (in)superável destoar entre o Código e a sua realidade. Afugentar-se às previsões exclusivamente futuras é pretensioso e, em certa medida, inócuo (se se considerar possível), na medida em que a codificação deixa de contemplar o seu tempo presente, a qual tem de servir e atuar. Por isso, faz-se imprescindível que o *codex* atenda ao presente, a partir de uma interpretação constitucional dos seus termos.

O movimento de constitucionalização do Direito Civil, portanto, é a única forma de viabilizar uma aproximação entre o objeto refletido (sociedade) e o ente refletor (Código Civil de 2002): “as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada (...). É, portanto, a partir dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático”⁵⁵.

É fato que a interpretação do Código Civil pelas lentes da Constituição Federal reclamaria um trabalho hermenêutico para a própria Magna Carta de 1988. Contudo, é certo que esse movimento já foge do propósito do presente estudo e, conseqüentemente, será apartado dessa análise. Do contrário, fosse-se trazer a tona a necessidade de se estipular os limites da interpretação constitucional, além de desconstituirmos o foco central do texto em questão, ainda cairíamos em um eterno regressar, carente de uma fundamentação última, nos termos do Trilema de

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 19/03/15.

⁵⁵ FIUZA, C. A. C. *Limites à hermenêutica civil-constitucional*, pp. 325 e 326.

Münchhausen⁵⁶.

A análise do Código Civil se limita à viabilização de leitura dada pela Constituição. E, assim, a teoria está completa. Falta tão-somente a efetivação desse discurso. Faz-se necessário, portanto, aplanar o *espelho-código*, para que ele reflita da forma mais fiel possível os anseios e a realidade da sociedade brasileira. Um desafio árduo, ainda que possível, ou melhor, um desafio possível, ainda que árduo.

5. CONCLUSÃO

Em vista do aqui exposto, feito o plantio necessário, é hora de colher os frutos que até aqui restaram maduros. E, para tanto, apresentar-se-ão as conclusões alcançadas mais importantes, o que se fará em forma de tópicos para que melhor se absorvam as propostas construídas:

a) o presente estudo buscou demonstrar, dentro das suas reconhecidas limitações, que o Código Civil de 2002, ao tentar rever o papel assumido pela codificação revogada e, em alguma medida, normatizar as projeções futuras esboçadas pela sociedade brasileira, acabou por falhar em ambas as tarefas: da mesma forma em que não conseguiu concretizar as expectativas comportamentais e o porvir esperados pela sociedade, ainda deixou escancarar uma manifesta predileção pelo conteúdo patrimonial-tradicionalista que marcou o Código Civil de 1916,

⁵⁶ Nesse sentido, por exemplo, não se estabelecendo limites para a análise em questão, partir-se-ia ao seguinte trilema: a interpretação do Código Civil dependeria de uma interpretação da Constituição Federal, que, por sua vez, dependeria de uma interpretação de norma anterior, involução que “leva a um *regresso ao infinito*; ou leva ao chamado círculo lógico; ou então o procedimento de fundamentação terá que *interromper dogmaticamente o regresso fundacional* (nesse caso se proclama como evidente a razão última, como no clássico exemplo em que aparece Deus como *causa sui*)”. In.: LUDWIG, Celso Luiz. *A transformação da filosofia e a libertação*, p. 46. Dessa forma, a fundamentação última da hermenêutica do Código Civil estaria na Constituição, sem maiores incursões na dogmática constitucional pelo presente estudo.

também com distorções, vale frisar.

b) Olhando para o passado, o Código Civil de 2002 significou um espelho esférico convexo, refletindo uma imagem *menor, virtual e direita* dos tempos idos. A *nova* codificação (que é mais nova pelo tempo recente de vigência do que propriamente nas inovações trazidas) *reduziu* naturalmente a realidade pré-codificada, selecionando *virtualmente* apenas as perspectivas julgadas pertinentes pela produção legislativa e, ainda, buscando *endireitar* o futuro pela reprodução do passado.

c) Já quando se projeta o futuro, a reflexão da sociedade trazida pelo mesmo Código de 2002 se mostra como a de um espelho côncavo, apresentando uma imagem *menor, real e invertida* do porvir. Menor pela natural redução da complexidade da vida cotidiana; real por conseguir efetivar algum (discreto) avanço em relação à codificação anterior, a partir, por exemplo, do protagonismo da boa-fé nos contratos, da função social na propriedade, do *eudemonismo* na família, etc.; invertida porque, apesar dessas conquistas reais, não rompeu com a tradição traidora patrimonialista, que enfatiza o *ter* em detrimento do *ser*, causando uma verdadeira *inversão* de valores no âmbito do Direito Civil.

d) Ao se diagnosticar esse panorama, busca-se uma saída voltada a *aplanar* o espelho-Código, fazendo-o refletor fidedigno da realidade social pátria e, ao mesmo tempo, projetor fiel das legítimas expectativas dos sujeitos. E a alternativa encontrada parece estar no balizamento dado pela constitucionalização do Direito Civil, em que se adota a Constituição Federal de 1988 como requisito da própria viabilidade de concretude do Código Civil⁵⁷. Supera-se a tradicional-patrimonialista ideia do tripé contrato-propriedade-família para buscar a efetivação da dignidade da pessoa humana. O Direito Civil, tendo como

⁵⁷ Por todos, *vide* obra emblemática do Direito Civil italiano, indispensável a qualquer debate acerca da constitucionalização do Direito Civil: PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco.

representante exemplar o Código Civil de 2002, não se torna ramo de Direito Público, mas passa a buscar na fonte constitucional o elixir da sua existência.

e) Por tudo isso, salutar se faz concluir que “uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais”⁵⁸. Sem isso, não há Código, ou melhor, há uma codificação que desvirtua a realidade e apenas reflete a sua faceta torta e irreal, o que é o mesmo que dizer que Código, verdadeiramente, não há (um servível, ao menos).



6. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, ed. 7, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, ed. 22, 2007.

CIRINO DO SANTOS, Juarez. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, ed. 2, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *A nova filiação Crise e Superação do Estabelecimento da paternidade. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Minas Gerais: IBDFAM, 1999.

_____; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 19/03/15.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios, p. 02.

- _____. *A “reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios*. Palestra apresentada na 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, em Curitiba/PR, de 04 a 07/10/2004. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf. Acesso em: 10/01/2014.
- _____. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. *In.: Revista Raízes Jurídicas*. Curitiba, v. 3, n. 1, jan./jun. 2007.
- _____. O fluir do tempo de um Código em movimento. *In.: EHRHARDT JR., Marcos (coord). Os 10 anos do Código Civil – evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____; RUIZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. *In.: RDCT*. Rio de Janeiro: Editora Padma, v. 4, 2000, pp. 243-263.
- FIUZA, C. A. C. Limites à hermenêutica civil-constitucional. *In: MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. (Org.). Estudos de Direito Constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso – UFBA, 1958.
- _____. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Trad. e apres.

- Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Reflexões críticas sobre a sua atualidade e a sua prestabilidade no primeiro decênio do Código Civil. In.: EHRHARDT JR., Marcos (coord). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 23-34.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In.: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/constitucionalizacao_paulo_lobo.pdf. Acesso em: 18/03/15.
- LUDWIG, Celso Luiz. *A transformação da filosofia e a libertação*. Curitiba. UFPR. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/9414/6506>. Acesso em: 25/03/15.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In.: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.112, 1991.
- _____. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 19/03/15.
- MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão da posição contratual. Coimbra: Almedina, 2003.
- NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones

- Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, v. 6 (Parte Geral), série Grandes Temas de Direito Privado, pp. 341-390.
- _____. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, ed. 2, rev., atual., 2006.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, n. 3, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco.
- REALE, Miguel. A sanção da lei que instituiu o novo código civil. In.: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (coords.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, pp. 17-21.
- _____. *O novo código civil e seus críticos*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 22/01/2014.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In.: *Revista NEJ – Eletrônica*. Itajaí: Univali, Vol. 15, n. 1, jan./abr. 2010, pp. 158-173. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>. Acesso em: 20/01/2014.
- _____. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juizes”*. Disponível em: http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 20/01/2014.
- _____. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas de uma reforma legislativa. In.: _____. *Problemas de direito civil-*

constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 1-17.

- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In.*: _____ (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, tomo III, 2009.