



NOVOS DIREITOS – O DIREITO CIVIL NO FIM DO SÉCULO XX¹

*PAULO R. THOMPSON FLORES **

1. INTRODUÇÃO

Ninguém ignora a dimensão das profundas transformações sofridas pelo mundo em que vivemos, ao longo deste século que se aproxima de seu termo final. Transformações essas que se processaram em todos os campos, seja no âmbito científico e tecnológico, seja na evolução do pensamento humano e dos padrões de comportamento, seja, ainda, no campo político e econômico.

Ao transpor o limiar da última virada de século, o Brasil, há muito pouco vencera o horror da escravatura, a República ensaiava seus primeiros passos e pouco mais de 100.000 brasileiros possuíam o direito de votar.

O homem vivia, em média, pouco mais de 40 anos e a mulher, na maioria das vezes, não passava de uma escrava de luxo.

A tuberculose, a sífilis, o tifo e, até mesmo, epidemias de gripe dizimavam populações, em um mundo sem antibióticos.

¹ Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Católica Dom Bosco, em 29 de outubro de 1998.

* Professor de Direito Civil na URCamp - Universidade da Região da Campanha - Bagé/RS e Diretor do Centro de Ensino Universitário de Brasília-DF.



As comunicações à distância pouco tinham evoluído desde os tambores indígenas. O telégrafo era uma novidade e o telefone quase uma ficção.

Notícias circulavam em lombo de burro. Da Europa, então centro do mundo, levavam semanas, senão meses, até sua chegada e divulgação.

Os transportes se resumiam precariamente a poucas linhas de trem e aos vapores costeiros; no mais, carroças rangiam por trilhas inimagináveis. O automóvel, apenas um monstro fadado ao fracasso.

No campo social, tinha-se uma civilização eminentemente rural e litorânea, conservadora nos costumes e profundamente dividida entre uma pequena aristocracia entediada, uma burguesia iletrada mas ascendente e a grande maioria da população, ignorante e à margem de todos os processos de inserção social.

A educação, precaríssima, à exceção de meia dúzia de colégios religiosos, não alcançava dez por cento da população e os cursos de Direito não chegavam a cinco.

No mundo todo a situação não era muito diferente. Em 1900, apenas sete cidades alcançavam um milhão de habitantes. A máquina a vapor apenas iniciava a grande revolução industrial e, de todos os bens hoje existentes a nossa disposição, mais de 80% ainda não existiam.

Nunca o mundo mudou tanto e tão rapidamente. Duas guerras mundiais que alteraram radicalmente o mapa político; o fim do colonialismo; o surgimento de duas novas potências que dividiram o mundo e o mantiveram sob a ameaça do terror nuclear, até que uma sucumbiu em decorrência do fracasso e desaparecimento da própria doutrina que a sustentava.

A revolução industrial em toda sua dimensão; a revolução dos transportes, com a universalização do automóvel e do avião; a revolução das comunicações, através do rádio e da televisão, chegando-se à informação instantânea de tudo que ocorre, em qualquer parte do mundo; a superação dos limites planetários; a revolução da informática, com um potencial e consequências ainda desconhecidas; a revolução dos costumes, com o rompimento de padrões comportamentais assentados há séculos; a quebra de tabus e preconceitos; a revolução da medicina, com a descoberta de medicamentos e técnicas que ampliaram consideravelmente a vida média do homem; a revolução econômica

e financeira, onde o fenômeno da globalização e do trânsito universal de capitais afeta os mercados do mundo todo, sem que se saiba adequadamente, como lidar com seus efeitos; a revolução política, onde a formação de blocos e comunidades internacionais questionam a própria noção de soberania; e, por último, a recentíssima revolução da manipulação genética, de resultados imprevisíveis e que põe em xeque alguns dos mais arraigados conceitos da humanidade, como o próprio ciclo da vida e a inevitabilidade da morte.

Tudo isso é apenas uma pequena relação, trazida à colação sem nenhuma busca sofisticada. Por certo, muitas outras transformações poderiam ser destacadas, mas correr-se-ia o risco da exaustão.

Chega-se à pergunta crucial: qual a resposta do direito a todos esses desafios? Como nós, operadores do direito, estamos enfrentando as exigências da sociedade que emerge de tantas transformações?

Como advogados, estamos ousando levantar novas teses, capazes de sustentar o direito de nossos clientes, confrontado por situações inusitadas, ou nos estamos auto-limitando a meros repetidor de velhos manuais?

Como juízes, estamos sendo capazes de inovar, mesmo sem cairmos na resposta fácil do alternativismo descompromissado, ou nos reduzimos a simples aplicadores da lei posta, mesmo que superada por novos fatos e valores?

Como professores, estamos sucumbindo a estruturas arcaicas e conceitos mofados, ou estamos tendo a capacidade de trazer a nossos alunos o bendito germe da inquietação, abrindo-lhes os olhos e a mente para um mundo em transformação, fazendo-lhes perceber o valor de velhos institutos e de princípios gerais e conceitos que se estruturaram e maturaram ao longo de séculos de elaboração jurídica, que não se devem desprezar, mas com a compreensão de que não se podem revestir de caráter dogmático e imutável, senão que, antes, há que trabalhá-los, repensá-los e, muitas vezes reelaborá-los, para que se ajustem aos novos tempos, sem ranços porque libertos de preconceitos, sem arcaísmos, porque modernizados e sem mofo, porque arejados pela luz dos novos pensares?

Ora, é sabido que o direito consiste, em sua expressão mais simples, em um instrumento para mediar e obter, em consonância com o valor justiça, a solução dos conflitos entre os homens que, sendo indivíduos, com interesses próprios, convivem em sociedade.



Sendo assim, o direito há que responder às demandas dessa mesma sociedade, mediante mecanismos hábeis decorrentes de normas e princípios compatíveis com a realidade de um momento dado.

Impossível, pois, ao direito, manter-se estático, em uma sociedade em mutação, sob pena de inabilitar-se ao cumprimento de sua função precípua.

Claro está que esta evolução do direito que deve ocorrer, tanto quanto possível, na mesma velocidade com que a sociedade avança, não se dá necessariamente pela reestruturação normativa. No mais das vezes tal ocorre, *prima facie*, no campo doutrinário ou nas construções pretorianas de nossos tribunais.

Portanto, dessa nova sociedade, dessa nova realidade onde se está inserido, com certeza haverá de surgir aquilo que se convencionou chamar de NOVOS DIREITOS.

Novos direitos que representam novas figuras jurídicas, surgidas da criatividade humana para atender às novas demandas; novos direitos que se caracterizam em novos princípios e valores aos quais se deve atentar na solução de controvérsias assentadas em uma realidade sem precedentes; novos direitos que podem determinar o surgimento de novos ramos do direito, na continuidade do processo de especialização, tendo em vista as peculiaridades especiais de que se deva revestir para o enfrentamento dos novos desafios.

Certo que, se infindáveis as novas demandas da sociedade, amplíssimo o elenco dos novos direitos dos quais se fala nessa quadra peculiar da história da humanidade. Impossível abordá-los, exhaustivamente, neste despretençioso trabalho, seja pelas limitações de ordem temporal, seja por limitações pessoais, no campo do próprio conhecimento.

Assim, proponho-me a refletir sobre algumas dessas questões, em especial, no espectro do direito civil, minha área de especialização, sem, naturalmente, a preocupação de esgotar o assunto.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O primeiro ponto em que gostaria de me deter é o pertinente à Constitucionalização do Direito Civil, tema que vem sendo uma constante nos trabalhos dos mais destacados civilistas modernos.

Pode-se entender como Constitucionalização do Direito Civil, a ascensão de princípios civis à categoria de norma constitucional. Ou, em outras palavras, poder-se-ia dizer que Direito Civil Constitucional consiste em comandos civis que integram a Constituição.

Nem se trata aqui daquela clássica afirmativa de que o Código Civil é a constituição do homem comum.

O que se está a afirmar é que há inúmeros preceitos tipicamente civis, que se situam no campo de abrangência do direito civil e se encontram regulados no seio da Constituição.

É bem verdade que, desde o início deste século, as constituições deixam de ser meramente políticas e passam a abranger, igualmente, temática econômica e social e, à medida que adentram essas searas, integram normas reguladoras de relações típicas de outros ramos do direito (direito do trabalho, direito penal, direito processual, direito civil, entre outros).

No Brasil, tal fenômeno começa a aparecer desde a Constituição de 1934. Entretanto, pode-se afirmar que a Constituição de 1988, extrapolou, em suas excessivas preocupações regulamentadoras (o que se explica pelo momento histórico em que se insere), de tal sorte que, em uma contagem sumária pude encontrar nada menos de 92 dispositivos da Constituição que tratam de matéria civil elevada à condição de princípios constitucionais.

Nesse contexto, há que se considerar que as mais modernas correntes do Direito Constitucional passam a contestar a questão da existência de normas puramente programáticas, isto é, sem eficácia ou aplicabilidade imediata. Canotilho, o grande constitucionalista português, tem afirmado, nessa linha, que não há mais campo para a existência de normas puramente programáticas.

Daí resulta como consequência inevitável reconhecer que os princípios



contidos na Carta Magna não podem mais ser considerados como de efeito meramente simbólico, sem cogência ou aplicabilidade.

Assim, por exemplo, quando a Constituição assegura o direito à dignidade da pessoa humana, trata-se de norma de aplicação imediata, capaz de derogar qualquer dispositivo ordinário que a contrarie, bem como deve ser igualmente aplicada, de imediato, pelo intérprete e pelo julgador quando se defronte com situação atentatória à dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que, ao fazê-lo a Carta Constitucional apresenta “a dignidade da pessoa humana”, não como um direito fundamental do homem, alinhado entre os demais descritos no art. 5, o que, por si só, já seria bastante forte, mas lança este conceito já no art. 1, como um dos fundamentos da República, junto com a soberania.

Não é demais citá-lo, na íntegra:

“Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....
III - a dignidade da pessoa humana;”.

Esse comando constitucional tem sido considerado, pelos modernos estudiosos do tema, como elemento decisivo para uma das grandes transformações que o direito civil vem sofrendo nessa quadra, qual seja, uma mudança substancial de foco que faz com que a tradicional prevalência do direito civil pelas questões patrimoniais, venha a ser substituída pela tutela prioritária às situações existenciais.

Com efeito, hodiernamente, um novo sistema de direito civil se alicerça preferentemente na defesa e proteção da pessoa, sob o ângulo de sua dignidade, o que, sem dúvida, conduz o hermeneuta por caminhos interpretativos bem diversos dos tradicionais.

Na mesma linha de raciocínio, aparecem o princípio da função social da propriedade e, mais modernamente, da função social do contrato, nos quais me deterei mais adiante.

A esse respeito, interessante a disposição do art. 1 da Constituição

Japonesa, segundo a qual, todos os direitos privados devem estar consoantes com o bem-estar social.

Em verdade, o que pretendo deixar aqui consignado, à guisa de convite à reflexão, é o fato de que a crescente constitucionalização do Direito Civil conduz a toda uma nova forma de perceber e compreender as relações tipicamente civis, bem como de interpretar e aplicar os princípios e normas tendentes à solução dos conflitos que porventura dela venham a emergir.

3. A PROPRIEDADE E AS NOVAS PROPRIEDADES

Um segundo ponto que desejo trazer à reflexão, como decorrente da necessidade de atualização do Direito Civil, em face das novas exigências e demandas da sociedade, é o pertinente ao conceito de direito de propriedade e ao surgimento de novas formas de propriedade.

É notório que, ao longo deste século, alterou-se, em muito, o conceito mesmo de propriedade.

Primeiro, a perda de seu caráter absoluto que dava, ao titular do domínio, poder ilimitado no exercício de seu direito de propriedade.

Segundo, o surgimento do conceito de “função social” da propriedade que, vindo já do Estatuto da Terra, viu-se consagrado no art. 5, inciso XXIII da Constituição Federal. Esse conceito, originalmente mais direcionado à propriedade rural, hoje encontra-se perfeitamente assimilado como aplicável a qualquer tipo de propriedade, posto que, se a Constituição não restringe, não subsiste razão para que o intérprete o faça.

Hoje, trabalha-se sobre duas linhas pertinentes à idéia de função social.

Em um primeiro plano, a noção de que a função social da propriedade não é uma simples atribuição externa que legitima o direito de propriedade; ao contrário, integra o próprio conceito de direito de propriedade. Tal observação não se limita ao campo do interesse meramente acadêmico, posto que,

sob esse enfoque, a não presença da função social desconstitui o direito de propriedade por lhe faltar um de seus pressupostos intrínsecos.

É pela aplicação desse princípio e sob esse enfoque, que se admite, no regime do solo urbano, o eventual desmembramento compulsório para, por exemplo, posterior loteamento de área detida pelo proprietário com fins meramente especulativos.

Em um segundo plano, há que se considerar, igualmente, que a função social não se cumpre apenas com o atingimento de determinados índices de produtividade, mas também com outros elementos, tais como, respeito ao meio ambiente, preservação dos recursos naturais, regularidade nas relações de trabalho, entre outros.

Outro aspecto que cabe considerar, quando se fala no novo direito de propriedade, é o de que não se entende mais o direito de propriedade como comportando, de um lado os direitos subjetivos do proprietário sobre o bem, e, de outro, meramente passivo, o dever geral de abstenção. Compreende-se, hoje, o direito de propriedade, como o conjunto de direitos do proprietário e dos extra-proprietários, garantidos constitucionalmente.

Resta evidente, quer me parecer, que essa nova visão altera substancialmente, não apenas os fundamentos filosóficos da propriedade, senão que também refletir-se-á, acentuadamente, no regime jurídico a ela aplicável.

De outra parte, novo tipo de propriedade sobre o qual desejo deixar rápida observação, é o que consiste no que se chama de multipropriedade.

Trata-se da chamada propriedade por tempo compartilhado ou, valendo-se da terminologia mais corrente, *time sharing*, instrumento fundamental para o reaquecimento do mercado imobiliário. Em um rápido conceito, pode-se dizer que o *time sharing* consiste na aquisição de um bem imóvel dentro de um espaço temporal limitado, mas tendente à perpetuidade. Isto é, o adquirente terá direito à utilização do bem, por exemplo, durante quinze dias ao ano, perpetuamente, sendo, inclusive, esse direito transmissível, tanto por ato *inter vivos*, como *causa mortis*.

No Brasil, não se encontra normatizada tal forma de exercício da propriedade. Como fazer, então? No sistema francês, considera-se a existência de uma sociedade entre os co-proprietários. Tal solução não é

adequada à realidade brasileira, onde a desconfiança em associar-se, com certeza, levaria a uma baixa utilização do instrumento.

O que se vem fazendo, à míngua de uma legislação apropriada, é a utilização das regras do condomínio ordinário do código civil.

Por certo que, tal solução não é a ideal, posto que há contradições entre o objetivo econômico buscado pelo multiproprietário e o condomínio ordinário, devendo-se, portanto, normatizar, de forma própria, esta nova figura de propriedade.

É bem possível que a ausência de um tratamento jurídico adequado seja responsável pelo fato de que, no Brasil, ainda não deslanchou este tipo de negócio, tão comum em outros países, onde, inclusive, é corriqueiro encontrar-se brasileiros adquirentes de propriedade compartilhada, como os casos, por exemplo, que ocorrem em Miami e outras cidades norte-americanas.

Não há dúvida que outras questões pertinentes à propriedade poderiam ser levantadas. Entretanto, reafirmo aqui, meu propósito é, tão somente, destacar algumas situações exemplificativas das novas perspectivas que permeiam todo o direito civil, como de resto, todo o direito.

4. NOVAS QUESTÕES DE DIREITO CONTRATUAL

Passemos, portanto, a um terceiro ponto e reflitamos sobre as novas questões que vêm surgindo no direito contratual, seja no que se refere à identificação de novos princípios que devam inspirar o contrato, seja no que pertine a novos contratos que passam a integrar o universo de tipos contratuais existente.

Ao lado do direito de família, que foi sacudido pelo vendaval das mudanças no campo dos costumes, o direito contratual, mercê da vertiginosa evolução das relações econômicas e mesmo sociais, é com certeza o que maiores transformações e abalos sofreu, quanto a alguns de seus princípios mais caros.

O milenar princípio romano do “*pacta sunt servanda*”, bem como



o não menos tradicional aforismo, segundo o qual, “o contrato é lei entre as partes”, que se consubstanciavam na imutabilidade do contrato, resultado da presunção de igualdade entre as partes contratantes, e da extrema valorização da vontade das partes, expressa no instrumento de pactuação, sabe-se, muito bem, esses princípios vêm perdendo seu caráter dogmático.

Se é verdade que o contrato, negócio jurídico por excelência, há de ser considerado sempre terreno onde se manifesta de forma mais intensa a liberdade e, por conseqüência, o poder da vontade, não é menos verdade que essa liberdade e esse poder se relativizam, à medida que se verifica, muitas vezes, que aquela presunção não se ampara na realidade e, na mesma forma que o constatado há mais tempo no contrato de trabalho, aqui também pode haver uma parte mais fraca, mais fragilizada dentro da relação jurídica, a clamar por um ordenamento protetivo.

Os mecanismos tradicionais, tais como a cláusula “*rebus sic stantibus*”, não possuem a abrangência necessária para dar cobertura à necessidade de que se assegure, não a igualdade ficta, senão que o equilíbrio real entre as partes.

Neste ponto, há que se destacar a tendência mais marcante deste fim de século, que consiste na personalização do direito privado.

Como já asseveramos anteriormente, observa-se, com nitidez, a transposição das preocupações predominantemente patrimoniais que nucleavam o direito privado, para a preocupação com a pessoa. Volta-se a mencionar o princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana” para caracterizar a centralização, na pessoa, do principal valor tutelado pelo direito.

Ora, por óbvio, não resta dúvida de que esse princípio é perfeitamente aplicável ao direito contratual, onde, portanto, há que centrar-se, também, o interesse jurídico na tutela da pessoa.

Assim, na interpretação dos contratos, essa premissa tem que ser considerada, junto com os demais princípios típicos do direito contratual.

Não é por outro fundamento que o Projeto de Código Civil consagra em seu art. 421 a liberdade de contratar que, no entanto, “*será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

Dessa sorte, pode-se verificar que a autonomia da vontade poderá

ser exercida, sob os limites do princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, bem como da função social do contrato que, em *ultima ratio*, não deixa de ser uma particularização daquele princípio.

É bom que se deixe claro que essas questões não representam, como querem alguns mais açodados, a morte da autonomia da vontade e, por conseqüência, do negócio jurídico, sua maior expressão.

Na verdade, pode-se dizer que, por exemplo, a cada vez maior presença, no campo contratual, de princípios de ordem pública, embora aparentemente reduza o âmbito da autonomia da vontade, em última análise, tais princípios visam a proteger a vontade declarada.

Assim, exemplificativamente, tomando-se os vícios do consentimento, a solução tradicional protege a vontade, permitindo a anulação do negócio jurídico por erro ou dolo. Hoje, quando o Código do Consumidor estabelece uma gama de exigências no sentido do pleno esclarecimento do consumidor, protege-se a vontade, evitando-se que erre ou seja vítima de dolo. Daí que, ainda que aparentemente esteja tolhendo a vontade, impondo-lhe cláusulas, sob pena de nulidade, está no fundo a defendendo.

Por outro lado, percebe-se uma revitalização do negócio jurídico, mediante novos contratos, inclusive no direito de família, por tradição avesso a matérias negociais, no qual, hoje, fora do casamento, o casal pode ajustar regras e formas de conduta, quanto a bens e outras situações decorrentes da relação vivida.

Não há pois que se falar, repito, na morte da autonomia da vontade e do negócio jurídico.

O que há são novos enfoques e novas dimensões a serem observados pela mente acurada do intérprete, fazendo a releitura de velhos princípios à luz das novas realidades.

Vejam-se alguns exemplos dessa releitura:

- Quanto ao princípio tradicional de que o contrato somente produz efeitos entre as partes, pode-se verificar que, pela aplicação do art. 159 do Código Civil, pode-se encontrar a base para a extensão dos efeitos do contrato a terceiros (terceiro que vende combustível a um posto de gasolina que possui contrato de exclusividade com uma distribuidora; terceiro que,



havendo pacto de preferência, compra do devedor da preferência).

- Tradicionalmente se considerava a cláusula abusiva, como aquela que estabelecia um desequilíbrio econômico entre a prestação e a contraprestação. Hoje se tem claro, em razão da cláusula geral da boa-fé, que a abusividade não se restringe àquele aspecto, referindo-se, por igual, ao desequilíbrio entre direitos e obrigações (isenção de responsabilidade, mandato etc.).
- Pelo princípio da proteção à parte mais fraca que exsurge da constatação da falácia da presunção de igualdade, ataca-se a excessiva onerosidade para uma das partes, ainda que não advinda de causa superveniente.

Cabe ressaltar, ainda, neste ponto em que se reflete sobre novos princípios e se faz releitura de velhos princípios do direito contratual, que, embora a existência de diploma legal autônomo, as relações de consumo não são estranhas ao Direito Civil, bem como no Código de Defesa do Consumidor, encontram-se princípios gerais dos contratos, aplicáveis não apenas às relações de consumo, mas também aos contratos em geral (arts. 46 a 54).

A propósito das relações de consumo, é inegável que a legislação específica trouxe uma série de inovações a serem consideradas, exemplificativamente:

- A oferta prevista no art. 30 do Código do Consumidor difere substancialmente da proposta do Código Civil, quanto aos efeitos do descumprimento: enquanto no campo do Código Civil, tem-se a indenização por perdas e danos, na legislação protetiva ao consumidor se prevê a ação de execução específica que terá por objeto o cumprimento literal das condições de oferta.
- O tratamento dado à hipótese de onerosidade excessiva, no Código do Consumidor, obedece ao princípio da conservação contratual, donde resulta a solução de conservar-se o contrato com a redução do valor excessivo. Diferentemente da solução, tipicamente civil, da resolução do contrato (C. Civil Italiano e Projeto de Código Civil).
- A concretização do princípio da proteção à parte mais fraca, pela regra da interpretação do contrato em benefício do consumidor.
- A concretização da possibilidade de cumulação do dano material com o dano moral, hoje perfeitamente estendida a todo o direito civil.
- A caracterização da responsabilidade objetiva, como regra, nas relações

de consumo, contrariamente à visão civilista clássica, onde a regra é a responsabilidade subjetiva.

Vistos, embora sumariamente, alguns pontos a respeito dos princípios gerais dos contratos, gostaria agora de abordar as novas relações contratuais que estão a surgir.

Entretanto, por razões de tempo, “*esse inimigo sutil que nos ataca fugindo*” no dizer do poeta, vou me deter apenas em uma figura que tem sido objeto de estudos e preocupações.

Trata-se da securitização de créditos, sobre a qual muito se fala, mas pouco se sabe.

De início, veja de que se trata a securitização de créditos, ou titularização de créditos, como preferem chamar os juristas portugueses.

É um conjunto de créditos, de bancos ou empresas, de difícil colocação no mercado, que são transferidos a outra instituição que os coloca no mercado, mediante lançamento de outros títulos, *securities*, como por exemplo, títulos de participação, de mais fácil colocação.

Ora, a constituição de um instrumento que regule adequadamente essa situação é de vital importância para o sistema financeiro, à medida que permite a circulação de créditos de difícil aceitação, seja porque de risco elevado, seja por serem de longo prazo, com isso produzindo a liquidez indispensável ao sistema.

Embora, na essência, aparente similaridade com a cessão de crédito, esta não se adapta às peculiaridades da securitização.

A começar pelo aspecto quantitativo, posto que, enquanto a cessão de crédito foi pensada e estruturada para a transferência individual e esporádica do pólo ativo da relação, na securitização se está falando em milhões de créditos diários.

Trata-se de operação em prática nos mais diversos países, que vem aplicando soluções variadas.

No Brasil, embora careçamos, ainda, de uma regulamentação específica, essa operação ficou conhecida pelas securitizações realizadas pelo Banco do Brasil, com relação às dívidas dos produtores rurais.



Entretanto, a carência de um regramento específico e adequado vem impedindo que o setor privado adentre esse universo tão promissor, sendo escassas as securitizações promovidas por instituições financeiras não públicas.

No campo contratual, ainda, e por fim, muitas, novas e interessantes figuras, vêm surgindo a todo o instante. Sem detalhamento mas apenas noticiando, poder-se-ia referir ao “contrato com pessoa a declarar”, figura desconhecida em nosso direito civil e prevista no Projeto de Código Civil, arts. 467 a 471; a “assunção de dívida” não prevista pelo Código mas que, passo a passo, vem sendo consagrada pela *praxis* (contratos de gaveta do SFH); a “cessão do contrato” e, entrando no campo do direito mercantil, os contratos relativos a Shoppings Centers, tanto de compra e venda, como de locação, o *factoring*, o *franchising*, enfim, tantos outros que, em sua abundância, demonstram, eloquentemente, o novo direito contratual que está a surgir.

5. NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

Por último, desejo observar o cenário em que se vem construindo o novo Direito de Família.

Indiscutível tratar-se da área em que, mais perceptivelmente, as concepções tradicionais, traduzidas no Código Civil de 1916, foram profundamente alteradas.

Basta observar-se o fato de que nosso código, em sua configuração original, no que respeita ao Direito de Família assentava-se basicamente em três pilares.

O primeiro consistia na absoluta prevalência do cônjuge varão, na sociedade conjugal. Tal fato que permeava todo o Direito de Família, demonstrava-se dramaticamente, no inciso II, do artigo 6, onde se incluía entre os relativamente incapazes, a mulher casada.

O segundo baseava-se no fato de que toda a legitimidade da família somente se originava do casamento. Daí a não proteção às relações desen-

volvidas fora do casamento (todo o sistema protetivo resultou de construção jurisprudencial ou, mais recentemente, de legislação especial), bem como a ignominiosa discriminação dos filhos havidos de relações extraconjugais.

O terceiro fundava-se na indissolubilidade do vínculo matrimonial, razão porque a previsão legal para a separação judicial entre os cônjuges, sob o nome de desquite, dissolvia as relações pessoais, extinguindo o dever de coabitação, ou o dever de fidelidade, bem assim as relações patrimoniais, desfazendo o regime de bens, mas mantinha intacto o vínculo matrimonial, donde resultava do desquitado não poder casar.

As profundas transformações que sacudiram os valores sociais, ao longo deste século, por certo não poderiam coexistir com as concepções consubstanciadas nos três pilares acima descritos, que, por isso, ruíram fragorosamente, determinando que, nas últimas décadas, toda uma nova base fosse sedimentada para que sobre ela se erigisse um novo Direito de Família.

Foi assim que, a partir de 1961, com o Estatuto da Mulher Casada, começa a se estabelecer a igualdade entre os cônjuges que, no entanto, somente se plenifica com a Constituição de 1988.

De outra parte, a Lei do Divórcio, ao mesmo tempo em que rompe com o dogma da indissolubilidade do vínculo, abala, por igual, o princípio de que somente no casamento é gerada a família legítima, até que, com a Constituição vigente e legislação ordinária em vigor ou em tramitação, deixam de existir quaisquer diferenças entre filhos havidos ou não no casamento, além de se estabelecer toda uma sistemática de proteção dos direitos decorrentes de relações resultantes de concubinato, união estável, etc.

Hoje, na seqüência dessas transformações, novas situações estão a surgir. E, tão rapidamente ocorrem, que o próprio legislador, muitas vezes, não consegue apreendê-las a tempo. Assim é que, no que concerne à união estável, o Projeto do Código Civil já nasce velho.

Com efeito, a legislação já vigorante sobre a matéria, bem como a doutrina construída sobre o tema, capitaneada pelo eminente Prof. Álvaro Villaça de Azevedo, ex-diretor das arcadas de São Francisco, e, ainda, a própria jurisprudência que se consolida, encontram-se bastante adiante da normatização que se pretende codificar.



É bem verdade que o não menos eminente Min. José Carlos Moreira Alves, membro da Comissão elaboradora do Projeto, tem sempre se manifestado no sentido de que as matérias ainda não bem consolidadas não devem encontrar guarida no Código, senão que permanecerem reguladas pela legislação extravagante até que, devidamente remansosa, possa ser a ele incorporada. E nessa situação se enquadraria a questão da união estável.

Entretanto, a verdade é que, no Código ou fora dele, o que se observa definitivamente é a consagração de que a família, célula básica da sociedade, se formaliza dentro do casamento ou não. E esse núcleo familiar, inclusive o monoparental, há de receber a proteção do ordenamento jurídico, independentemente da forma como se constituiu.

Não é meu propósito neste trabalho, dissecar a figura da união estável, mas sim deixar claro que a consolidação dessa idéia, como de fato já se encontra na comunidade jurídica, provoca drástica mudança de perspectivas para toda a estrutura do direito de família.

O que se coloca é que o essencial para a sociedade é a família, não o casamento; o que é uma instituição que se deve preservar a todo o custo é a família, não o casamento. E podemos, indiscutivelmente, encontrar famílias modelares constituídas sem o casamento, assim como podemos observar casamentos que geraram relações que não se podem considerar de família.

Não se pense se esteja aqui a sustentar o fim do casamento enquanto instituição. De forma alguma. Considero ser o casamento o instrumento jurídico mais adequado para a constituição da família. Até mesmo como cristão lhe reconheço o caráter sacramental. O que não se pode, nos dias que correm, é negar a possibilidade de outras formas válidas de constituição da entidade familiar tutelada pelo direito.

Outro e momentoso tema a considerar é o que se refere à união civil de pessoas do mesmo sexo.

Sobre esta questão entendo haver dois aspectos a enfocar. Em primeiro lugar, não pode o direito fechar os olhos à realidade e negar o evidente, isto é, a existência de milhares de pessoas que constituem uma vida comum com parceiros do mesmo sexo. E, resta claro que, dessas relações surgem conflitos que devem encontrar no direito o instrumento de sua solução. Portanto, parece-me

inegável a necessidade de que o ordenamento jurídico se instrumentalize adequadamente a dar suporte aos direitos subjetivos que emanem dessa realidade, em especial no que se refere a regime de bens e direitos sucessórios.

Outra coisa é a busca de uma equiparação ao estado de casado, inclusive com o estabelecimento de um regime jurídico gerador de mais direitos do que aqueles derivados do casamento (o que se observa em alguns aspectos do Projeto de autoria da ex-deputada Marta Suplicy), consistindo em nítido e, a meu juízo, inaceitável exagero.

6. NOVOS DIREITOS EM OUTROS CAMPOS DO DIREITO CIVIL

Embora não se pretenda, neste momento, aprofundá-las, inúmeras outras questões perpassam as inquietações dos civilistas, merecendo breve observação, posto que por sua relevância e abrangência serão objeto de novos trabalhos.

Assim, os problemas envolvendo todo este fantástico desenvolvimento da informática que, na medida em que revoluciona nossas vidas, por certo envolvem, e largamente, o mundo do direito, com imensas repercussões, por exemplo, no campo relativo aos direitos de autor.

Ou a gigantesca problemática pertinente à chamada bioética e o biodireito, onde se inserem, exemplificativamente, as inquietantes questões relativas à manipulação genética, como a escolha das características físicas, intelectuais e, talvez, até mesmo emocionais de quem vai nascer; ou, ainda, as possibilidades quase ilimitadas de prolongamento da vida, e a conseqüente indagação sobre a disponibilidade do direito à vida.

Tudo isso conduzindo a uma nova e sofisticada arquitetura da teoria da personalidade.

Enfim, tantas coisas há para meditar que, creio, os pensadores do direito terão um campo inesgotável a ocupar suas atenções, com muitos e novos temas a serem explorados, ensejando, cada qual, alentados trabalhos de pesquisa e reflexão.



7. CONCLUSÃO

Concluindo, todos esses eventos que aqui sumariamente alinharmos, nos permitem afirmar que assistimos e vivenciamos um momento de extraordinária riqueza criativa que, ao mesmo tempo, representa imenso desafio aos operadores do direito que vemos ruir antigos dogmas, enquanto precisamos, despindo-nos, às vezes dolorosamente, de idéias arraigadas, manter a mente atenta e aberta, de sorte a absorvermos todo esse gigantesco cabedal de novos direitos com os quais se estará construindo a sociedade do século XXI e do terceiro milênio.

Fazê-la mais justa é o trabalho de todos nós.