

NOVOS PARADIGMAS, ANTIGAS REALIDADES E A MOROSIDADE LEGISLATIVA. COMEMORANDO OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

Vivemos atualmente um período que certamente não temos a real amplitude e dimensão do momento histórico pelo qual estamos passando. Estamos inseridos em uma sociedade de transição em que convivem aqueles que nasceram no século 20 e a nova geração do século atual já forjada segundo os parâmetros da sociedade da informação que se assenta de maneira consolidada sobre as benesses de uma enormidade de avanços científicos e tecnológicos.

A forma como a sociedade lida com a tecnologia e as novidades é objeto de estudo específico de outras áreas do conhecimento, contudo seus reflexos no mundo jurídico são inafastáveis. A velocidade com que as inovações se instalam no cotidiano das pessoas atualmente é vertiginosa, criando uma sociedade repleta de idiosincrasias que dificultam a composição de uma uniformidade elementar necessária ao estabelecimento de um ordenamento jurídico coerente para todos.

E não são apenas as novidades tecnológicas que tensionam as relações entre a realidade social e o ordenamento jurídico, mas também os avanços sociais, as mudanças de paradigmas e alguns temas espinhosos. Essa miríade de elementos acaba por constituir um dos grandes nós jurídicos que nos atinge frontalmente, explicitando o descompasso constatado o mundo dos fatos e o direito positivado.

Um simples olhar histórico evidencia que inúmeras coisas que são partes integrantes e indissociáveis da vida da maioria da população mundial sequer existiam (ou eram incipientes) na virada do século, como a internet, smartphones, redes sociais, por exemplo. Agregue-se a isso as evoluções tecnológicas ocorridas na construção civil, medicina, engenharia e veremos que o mundo de hoje é muito distinto daquele que existia logo após termos passado sem maiores percalços pelo temido “bug do milênio”.

Em meros 20 anos, período bastante reduzido se pensarmos em um espectro histórico, nos tornamos uma sociedade totalmente distinta, sendo inegável que todo esse pulo tecnológico acabou impactando também em concepções referentes à convivência dos indivíduos entre si.

Poderia estar aqui utilizando qualquer recorte temporal para a presente análise mas há um motivo específico para considerar o lapso de duas décadas nessa apreciação. No início do ano de 2023 teremos o aniversário de 20 anos do início da vigência do atual Código Civil brasileiro, o que nos impõe uma série de reflexões acerca da efetividade da legislação civilística ali descrita face à realidade das ruas.

De início não podemos ignorar que o atual Código Civil já nasceu velho, vez que essencialmente redigido no início anos 70 originou o Projeto de Lei 634/b de 1975 que passou por algumas atualizações e nos foi entregue em 2002 como sendo novo.

Não bastasse ter sido concebido segundo perspectivas já bastante distintas da realidade dos dias em que ganhou vida não se pode ignorar que as atualizações que se buscou fazer para conferir um “ar” de atualidade do texto, realizadas por ilustres e renomados juristas aos quais reverencio, não conseguiram conferir a contemporaneidade necessária, tanto que questões já bastante presentes na sociedade foram solenemente ignoradas. Imagine-se, então, o que ocorreu com algumas inovações que começavam a aparecer naqueles dias...

Apenas à guisa de exemplificação consigna-se que o atual Código Civil quase nada fala sobre reprodução humana assistida (o faz apenas em 3 míseros incisos para definir a presunção de paternidade quando realizada por pessoas casadas) que já era uma realidade no Brasil desde o início dos anos 1980. Era novo mas não tratava de temas atuais para a época, o que por si já seria o bastante para uma série de críticas.

Simultaneamente veja que não há qualquer consideração com relação a questões atinentes ao mundo virtual que em 2002 já começava a mostrar seu potencial. Nem mesmo se encontra considerações mais acuradas sobre as mudanças que se vislumbrava na família, considerada a base da sociedade, tendo se restringido à inclusão de um título no Livro de Direito de Família tratando a união estável, o qual se mostra deslocado e incompleto.

Se nosso texto base já na origem se mostrava carente de atualização o que dizer dele nos dias atuais? Aspectos sociais já latentes à época ganharam contornos ainda mais relevantes e as novas questões seguem sem encontrar o correlato legislativo necessário.

Temáticas importantes que permeiam as atividades do Poder Judiciário não encontram respaldo legal, podendo ser suscitadas aqui as questões atinentes aos *smart contracts*, bens digitais e sua sucessão, contratos afetivos no âmbito do direito de família, gestação em substituição, entre outros. Contudo ao magistrado é defeso negar-se a prestar a jurisdição sob o argumento da inexistência de legislação específica aplicável ao caso.

Para piorar a situação constata-se que esse vácuo legislativo se mostra pernicioso para o sistema jurídico como um todo pois vem dando azo a que se tome como base legislativa elementos desprovidos de tal natureza, como resoluções deontológicas emanadas do Conselho Federal de Medicina (CFM), provimentos Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e legislação alienígena.

O fato está posto e não há o que se possa fazer para alterar essa realidade, cabendo a quem labora com o direito encontrar as soluções adequadas para sanar as celeumas que se apresentam seguindo os parâmetros postos para equacionar os casos de omissão legislativa, nos termos descritos pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Mas tal solução há de ser excepcional e não uma constante como vem ocorrendo.

O sinal de alerta emitido pela recorrente utilização dos preceitos visando sanar lacunas legislativas não tem surtido o efeito esperado de impulsionar a atividade legislativa, conduzindo o Poder Legislativo no sentido de cumprir com o seu desiderato, o que é deveras preocupante. Ressalta-se que não se está a propugnar a elaboração de leis a qualquer leve onda no mar das relações humanas, contudo a omissão consciente face a temas relevantes mostra-se como um enorme perigo que coloca em risco todo o tecido social.

A crítica que aqui se apõe toca a triste prática que grassa em nosso país de se legislar muito mais pensando nos interesses específicos de certos grupos do que nas necessidades da sociedade como um todo, havendo uma prevalência de interesses de governo sobre aqueles que são do Estado. Os conceitos e convicções pessoais dos legisladores, muitas vezes fundados em preceitos políticos, morais e religiosos personalíssimos, acabam sobrepondo-se às necessidades dos cidadãos como um todo, muitas vezes impondo uma segregação ou marginalização a grupos minoritários e vulnerabilizados, numa afronta total aos aspectos mais essenciais de um estado democrático de direito.

Contrariando todos os ditames consolidados da Constituição Federal de proteção à cidadania, com especial atenção aos mais vulnerabilizados, verifica-se que normais das vezes são os grupos minoritários os mais atingidos pela falta de interesse do Poder Legislativo em acompanhar as mudanças do mundo ao qual se aplica.

Basta que se considere que casais de pessoas do mesmo sexo precisaram lutar, chegando ao Supremo Tribunal Federal, para que tivessem reconhecidos para si os mesmos direitos do casamento ante a mera aplicação de analogia, em situação que se não envolvesse o interesse de uma minoria sexual teria se resolvido sem maiores percalços nas instâncias iniciais. Caso o Poder Legislativo houvesse atuado como devido reconhecendo a situação de fato dos relacionamentos homossexuais e conferindo-lhes os direitos pertinentes, sem o ranço do preconceito, não haveria tamanho celeuma.

Evidentemente não se ignora que outros motivos lastreiam também a absurda leniência legislativa, como os interesses políticos e econômicos, contudo nada disso é causa suficiente para que o Poder Legislativo quede-se inerte, relegando ao Poder Judiciário o ônus de decidir sem a base legal específica ao caso concreto, correndo ainda o risco de ser acusado de ativismo judicial por essa prática.

Tal estado de coisas acaba ainda por estender seus tentáculos em outros certames, maculando o mundo jurídico de forma ampla, e enfraquecendo até mesmo a formação do profissional do direito que se depara com um manifesto conflito entre a teoria e a prática. Em alguma medida essa situação se desdobra na estruturação de instituições de ensino jurídico que acabam não tendo a acuidade técnica necessária, levando muitos acadêmicos de direito a aprender apenas como responder questões que serão apresentadas a eles nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil ou em concursos públicos.

Esse empobrecimento na construção daqueles que passarão a compor as atividades jurídicas tem profundo impacto na forma como esses profissionais lidarão com as omissões e lacunas legislativas. E o estrago que tal situação vem causando é sistêmica, atingindo o direito civil de maneira bastante preocupante.

Urge que tenhamos uma atenção maior cobrando do Poder Legislativo que cumpra com suas atribuições e elabore a legislação pertinente a tratar de temas relevantes que encontram-se marginalizados e dependendo da atuação supletiva do Judiciário.

Não estou aqui a pugnar pela elaboração de legislação a cada situação nova e específica que surja na sociedade, contudo não se pode olvidar que é preocupante que situações relevantes e socialmente consolidadas não encontrem respaldo legal expresso para sua solução, como a questão da mudança do nome e sexo/gênero de pessoas transgêneros.

Não se pode ignorar a necessidade de uma ampla atualização do Direito de Família (ou das Famílias) e do Direito das Sucessões, abrindo maior espaço à autonomia e aos interesses existenciais nesse império patrimonialista consolidado. Imprescindível que tenhamos na legislação civil como um todo uma releitura e a atenção aos novos elementos oriundos do mundo virtual, como a discussão sobre os bens digitais, sua transmissão (*inter vivos* e *mortis causa*), os contatos firmados na web, entre outras situações cotidianas que passam ao largo do direito positivado.

Ao fim e ao cabo as considerações aqui tecidas têm por objetivo trazer para a apreciação geral a necessidade de que a formação jurídica dos advogados, juízes, promotores e todos aqueles que lidam com o mundo do direito que é imprescindível que o conhecimento jurídico não fique restrito exclusivamente ao texto legal posto, sendo o raciocínio logico-jurídico o elemento preponderante que permitirá o adequado manejo das ferramentas necessárias para a busca da tão desejada Justiça. Indispensável, ainda, que cada um exerça sua cidadania na plenitude e cobre do Poder Legislativo a elaboração da legislação pertinente e desprovida de qualquer viés que venha a tornar a positivação mais prejudicial do que a omissão.

Não podemos, por fim, nos eximir de nossa responsabilidade de laborar na busca de tentar indicar os caminhos para a construção de um Direito Civil que se coadune com os preceitos norteadores do Estado Democrático de Direito estabelecido em nossa Constituição Federal.

Oxalá essa pequena manifestação possa motivar que outros venham a contribuir com a construção de um Direito Civil mais atento às necessidades de todos.

Leandro Reinaldo da Cunha
Editor Científico
Revista Conversas Civilísticas
e-mail: leandro.reinaldo@ufba.br