

# A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

FRANCISCO AMARAL

SUMÁRIO — O projeto de lei que institui o novo Código Civil e a necessidade de uma reflexão jurídica sobre a conveniência de um novo Código. Tendências e características do Direito Civil contemporâneo. — I — O Código Civil. Natureza, importância e função. — II — A codificação como processo histórico e cultural. Razões políticas, filosóficas e técnicas. A codificação como tese histórica. — III — Paradigmas da codificação. — IV — O Código Civil brasileiro. — V — As transformações do direito civil no final do séc. XX. — VI — A decodificação como antítese histórica. A reflexão crítica contemporânea sobre a cultura e o direito. — Conclusões. A insuficiência de razões que justifiquem um novo Código Civil.

## Introdução

O projeto de lei que institui o novo Código Civil e a necessidade de uma reflexão jurídica sobre a conveniência de um novo Código. Tendência e características do Direito Civil contemporâneo.

Tema de especial interesse para o jurista contemporâneo, particularmente os civilistas atentos aos problemas da chamada crise do direito (1), é o da permanência do Código Civil como sistema legal de natureza comum e de compreensão global das relações jurídicas da chamada sociedade civil. Creio, por isso, ser de algum interesse para este fórum, em que se discutem as transformações dos sistemas positivos, particularmente as que afetam o Direito Civil, contribuir para o debate com uma reflexão sobre a conveniência de um novo Código Civil para o Brasil.

Refiro-me ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, nº 118, de 1984, que institui o Código Civil. Trata-se de projeto elaborado há mais de vinte anos,

por uma comissão de eminentes juristas, Miguel Reale, como supervisor, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoum, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, que elaboraram, respectivamente, a matéria relativa à Parte Geral. Direito das Obrigações, Atividade Negocial, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões. Esse projeto já mereceu de notáveis juristas, como Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira e José Paulo Cavalcanti veementes observações críticas.

Repensar o Código Civil e discutir sobre sua estrutura e função, pressupõe ultrapassada uma questão prejudicial que é o da sua conveniência, oportunidade e legitimidade na sociedade brasileira contemporânea, tomando como ponto de partida a consideração de que o Código Civil é uma síntese científica e cultural e uma decisão de política legislativa, que somente a sua circunstância histórica justifica e permite compreender. O Código Civil é produto de seu tempo e da sociedade em que nasce, merecendo um debate que envolva os seus operadores profissionais, como os advogados, os magistrados, os procuradores, promotores, defensores, tabeliões, etc., já que o direito, mais do que ciência, é uma prática social em permanente realização.

Certo é, porém, que a discussão acerca da conveniência deve situar-se mais no campo dos princípios teóricos e causais do que no da sua conformação lógico-estrutural, o que nos remete para considerações de natureza teórica, histórica e filosófica mais propriamente para o campo das fontes e da metodologia da aplicação e realização do direito. E sendo o Direito Civil um produto da história e da cultura de um povo, para que se apreenda todo o sentido, significado e importância do Código, é necessário compreender o seu processo de elaboração, suas razões políticas e ideológicas, enfim, sua razão de ser, para constatar se ainda persistem as mesmas condições ou circunstâncias que levaram ao movimento de codificação civil da época moderna, justificando a permanência do Código Civil como lei fundamental da sociedade civil brasileira.

## I— O Código Civil. Natureza e importância.

Código e codificação derivam de *codex*, livro compacto e costurado na lombada, contendo materiais jurídicos (2). O Código é um corpo unitário e homogêneo de regras jurídicas que disciplinam as relações privadas. É o estatuto jurídico da sociedade civil entendida esta como o conjunto de pessoas que estabelecem entre si relações jurídicas em nível de igualdade e de coordenação. Teoricamente, é um sistema de regras organizado internamente, vale dizer, logicamente estruturado (3).

Como sistema, o código é a expressão do racionalismo no direito, realizando a idéia de construção unitária, coerente e hierárquica que veio a marcar a ciência jurídica da modernidade (séc. XVIII e XIX). Representa, portanto, um determinado momento histórico, científico e político, em que se pretendia a disciplina geral da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, do que os códigos e as constituições foram o melhor exemplo (4).

Sua adoção foi controvertida no séc. XIX, sendo memorável a polêmica entre Savigny e Thibaut, acerca da conveniência, ou não, de um código civil como lei básica reguladora das relações jurídicas privadas. Ambos professores da Universidade de Heidelberg, o segundo, defendendo a codificação, para dar à Alemanha um direito uniforme, o primeiro, considerando-a como entrave à evolução normal do direito (5).

A construção do código civil como sistema teria como vantagens:

a) facilitar o conhecimento dos direitos que formam o conteúdo das relações jurídicas tipificadas, tornando possível a administração da justiça e garantindo, assim, a segurança jurídica.

b) permitir a sistematização do saber jurídico, vale dizer, “a possibilidade de ordenar e expor em conjunto todo o material jurídico, isto é, os princípios de decisão elaborados pela ciência do direito e pela prática jurídica” (6).

c) permitir legitimar as decisões jurídicas pelo conhecimento da relação entre lei e sentença. O código representa os valores ou princípios fundamentais que informam e legitimam as respectivas regras, transmitindo à decisão, por meio delas, a indicação contida nesses mesmos princípios.

d) permitir a positivação do direito, expressão com que Luhmann (7) designa a “transformação estrutural do sistema jurídico desde o direito natural imutável ao direito legislado, variável por princípio”.

e) permitir uma interpretação lógico-dedutiva e sistemática do direito e a aplicação analógica das regras jurídicas.

Quanto às restrições que se podem oferecer ao código indicam-se:

a) um certo imobilismo legislativo, na medida em que o código pode representar o ato final de um processo de construção jurídica, cuja finalidade é precisamente substituir múltiplas fontes legais. Em princípio, a feitura de um código implicaria na diminuição da tarefa legislativa, o que, aliás, não se tem verificado, até porque a realidade concreta tem desmentido a completude que seus fatores sempre vislumbraram nos códigos, a possibilidade de resolver qualquer caso que se lhe apresentasse (8);

b) um certo conservadorismo doutrinário, no sentido de que as regras em si, e o próprio código, cristalizam os valores, princípios e idéias dominantes

no momento de sua feitura, exercendo, assim, a função de conservar a doutrina dominante na época da codificação (9);

c) uma certa idolatria legalista, com o sentido do culto à lei, o fetichismo legal, próprio dos que identificam a lei com o direito, e, além disso, como a única fonte de direito, desprezando o valor do costume e de outras fontes autônomas que caracterizam o pluralismo jurídico;

d) a pretensão de plenitude do sistema jurídico, que não teria lacunas e poderia, por isso mesmo, dar solução a qualquer caso jurídico;

e) finalmente, a limitação da função criadora do juiz, impondo-lhe a aplicação literal da lei e reduzindo-lhe a atividade interpretativa. É o problema atualmente em destaque da liberdade e vinculação do juiz ao ordenamento legal vigente (10). O sistema jurídico codificado aumenta essa vinculação. Hoje, porém, já se entende que o juiz não é a boca da lei, como dizia Montesquieu, atribuindo-se-lhe, também, uma função criadora do direito (11).

Todos esses aspectos devem ser, como é natural, relativizados, como a própria idéia de sistema que hoje se avalia diversamente da que fundamentou a construção jurídica da época moderna, marcada pela unidade, plenitude e coerência, como produto de puras conexões lógicas decorrentes de princípios fundamentais dispostos de modo estático e fechado, próprio do jusracionalismo inicial. A concepção atualmente dominante no pensamento jurídico é a do sistema como conjunto aberto e dinâmico que continuamente se enriquece e reconstitui (12), sendo que, para alguns cultores da teoria pós-moderna e pós-positivista do direito, o sistema não se apresentaria mais como uma estrutura lógico-dedutiva, mas como uma estrutura em rede (The network model), em que o movimento do sistema não seria ascendente ou descendente, mas circular, pressupondo não mais a relação de consequência, de causa e efeito, mas a interrelação entre os seus elementos (13), caracterizando o chamado sistema hermenêutico. Isso implica também na retomada da razão prática, na medida em que o sistema axiomático usa a razão em sentido teórico.

Além do problema das vantagens e de desvantagens da elaboração de um código, existem algumas questões de fundo cujo conhecimento é necessário para a compreensão da gênese, importância e atualidade do Código Civil, como sejam:

a) as raízes históricas do Código e o seu papel na sociedade moderna e na contemporânea;

b) a relação do Código com a legislação especial continuamente produzida;

c) a distância entre o texto do Código e as normas dele extraídas pelo intérprete (14) *a posteriori*;

d) a posição do Código no conjunto das fontes do direito, principalmente em face da posição hegemônica da Constituição;

e) o surgimento de novos interesses, de natureza econômica e social, inexistentes e por isso não contemplados no Código.

A compreensão de todas essas questões que levam o civilista a rever grande parte de suas concepções clássicas pressupõe o conhecimento do que foi o processo e a problemática da codificação, “tema complexo e apaixonante que se apresenta como uma das mais graves do pensamento moderno” (15), afirmando-se que o processo de codificação e as ideologias com ele solidárias são a verdadeira chave para entender os eventos e os problemas as instituições político-jurídicas contemporâneas.

## II — A codificação como processo histórico e cultural.

Razões políticas, filosóficas e técnicas. A codificação como tese histórica.

Considera-se aqui a codificação como um processo de sistematização de regras sobre determinados campos da matéria jurídica, realizado na época moderna, mais precisamente, nos séculos XVIII e XIX, sob a influência da convicção iluminista de que a atuação racional dos governantes por meio de códigos e constituições criaria uma sociedade melhor.

Como razão técnica, temos o processo de tecnização do direito que fazia do jurista apenas um técnico, sem responsabilidade política. Era a despolitização das atividades jurídicas profissionais, no sentido de que essa atividade era técnico-cognoscitiva e não prático-valorativa, o que acelerava a tecnização da profissão jurídica (16).

Da ligação do jusracionalismo com o iluminismo surge a primeira grande onda de codificações modernas, o Código Prussiano, ALR, de 1794, o Código Civil Austríaco, o ABGB, de 1812, e o Código Civil Francês, de 1804. Estes códigos, juntamente com as Constituições de sua época, são os marcos essenciais da afirmação da razão jurídica moderna, e, sob o ponto de vista político, foram instrumentos da renovação liberal burguesa. Códigos e Constituições como a expressão jurídica do liberalismo.

Por tudo isso pode-se afirmar que a codificação é uma verdadeira tese (17) histórica no sentido de concluir uma fase do processo político desenvolvido no continente europeu na época moderna, e iniciar outro processo que evolui até hoje, quando o ordenamento jurídico se apresenta de forma e espírito completamente diversos.

Situa-se, portanto, em um contexto amplo, histórico, filosófico e político, mais do que jurídico e sociológico (18). Pertence, assim, à história da cultura,

da civilização do direito, e nessa devem-se procurar as suas causas determinantes.

A codificação traduz, assim, um processo cultural e histórico que realizou a idéia oitocentista de um corpo de leis ordenado e sistematizado, e que levou à tecnicização da ciência jurídica e à desresponsabilização dos juristas no sentido acima já referenciado, permitindo ainda a superação do particularismo jurídico que marcava o direito europeu dos séculos precedentes, pela falta de unidade e de coerência do conjunto de leis vigentes. Os Códigos foram, juntamente com as constituições, os marcos essenciais da razão jurídica moderna, podendo dizer-se, com Wieacker, que a ligação do iluminismo com o jusracionalismo produziu a primeira grande onda de codificações modernas (19), dirigidos ao planejamento global da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. Os códigos jusnaturalistas foram, nesse sentido, atos de transformação revolucionária (20), principalmente o francês, que concretizou os ideais da Revolução Francesa. Esse planejamento passava pela simplificação do direito, com a exclusão de matérias de outra natureza e implicava na unificação do sujeito de direito. Essa unificação permitia superar as diferenças subjetivas decorrentes da diversidade de classes sociais, da profissão, da religião, da raça, do sexo, do estado familiar, etc (21). É assim compreensível que o processo de codificação da época moderna fosse um processo diretamente político, solidário com a revolução política liberal burguesa. Códigos modernos e liberais foram os códigos napoleônicos e os que deles derivaram (22). Pode, por isso, dizer-se que a tecnicização das operações jurídicas e a desresponsabilização da classe jurídica acompanharam a codificação que exprimiu a organização liberal. Os códigos modernos, e aqui nos referimos à codificação civil, foram códigos do liberalismo.

### III — Idéias, valores e paradigmas da codificação.

No conspecto geral da cultura política e jurídica da época moderna, destacam-se as seguintes idéias, valores e paradigmas que formaram o caldo de cultura da codificação:

1. O *iluminismo* como movimento filosófico, que defendia a ciência e a racionalidade crítica, contra a fé, a superstição, o dogma religioso. No plano político, a defesa das liberdades individuais e os direitos do cidadão contra o autoritarismo e abuso de poder.

2. O *racionalismo*, que considerava a razão como guia infalível da sabedoria. No campo do direito, é o jusracionalismo, nova denominação do direito natural, cujos princípios vão ser ordenados em um “sistema de premissas e

conclusões não contraditórias”, uma verdadeira sistematização da ciência do direito comum.

3. O *individualismo*, nas suas vertentes filosófica, política, econômica e jurídica considerando-se este último como a concepção de que o indivíduo é a única finalidade ou a fonte das regras ou mutações jurídicas. Ligada ao individualismo está a concepção unitária do sujeito de direito, como expressão também daquele princípio da subjetividade que Hegel identifica como típico da modernidade (23).

4. A idéia do direito como *sistema* de normas criadas pelo Estado e desenvolvimento do pensamento sistemático na aplicação e interpretação do direito.

5. A consideração da norma jurídica como imperativo ou comando emanado do Estado, com a forma de um juízo lógico hipotético condicional.

6. O Monismo jurídico, ou teoria monista das fontes do direito, que considera o direito como um sistema unitário, positivo e criado pelo Estado.

7. A generalidade e a abstração como características da lei e das normas jurídicas, a primeira, no sentido da indeterminação dos sujeitos a que a norma se destina, a segunda no sentido da indeterminação dos casos a que se aplica.

8. A segurança jurídica como valor fundamental do direito, com o sentido de ordem, estabilidade e certeza na realização do direito. A segurança jurídica justifica o formalismo e encontra no positivismo seu principal suporte teórico.

9. O formalismo jurídico, no sentido de se identificar a justiça com o direito, considerando-se a lei justa só pelo fato de ser lei, isto é, o que é jurídico é a forma, não a matéria da relação social. O direito reduz-se à norma, pelo que também o uso do termo, sinônimo, de normativismo.

10. A simplificação jurídica no sentido de superarem-se os inconvenientes do particularismo jurídico, vale dizer, a falta de unidade e de coerência das ordens jurídicas no espaço moderno europeu, e também a unidade do sujeito de direito, como repulsa às distinções de classe, ambas facilitando o conhecimento e a aplicação do direito (24).

11. A tecnicização da ciência jurídica e desresponsabilização política ou despoltização do jurista, no sentido de reduzir este a mero técnico de aplicação do direito, destituído de qualquer responsabilidade social.

12. A centralidade do Código Civil no sistema das fontes do direito, considerando-se o código como estatuto jurídico da sociedade civil, e também a posição central do direito em face da política e da filosofia.

13. A dicotomia Estado e Sociedade Civil, compreendida esta como o universo social em que se desenvolvem as relações de natureza familiar e

econômica com base na igualdade jurídica e na autonomia das pessoas, contraposta ao Estado, a quem competia apenas protegê-la e defendê-la.

14. Redução do processo interpretativo à mera exegese das normas, utilizando-se o raciocínio axiomático-dedutivo na aplicação do direito.

15. Separação radical entre os conceitos de criação e aplicação do direito, entendendo-se a primeira como o processo de produção jurídica, de competência do Estado, e a segunda como um conjunto de atividades pelas quais se transporta para o caso particular a decisão que abstratamente a norma contém. Assim sendo, a aplicação consistiria num esquema mecânico e o juiz seria um mero autômato, limitado a traduzir a decisão prevista na norma, por meio de um raciocínio de subsunção.

#### **IV — O Código Civil brasileiro.**

Como os demais códigos da modernidade, o Código Civil brasileiro foi um ato de política legislativa.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, no seu artigo 179 item 18 dispunha: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. Em face disso, é de concluir-se que a elaboração do nosso Código foi, antes de tudo, uma decisão de política legislativa, visando proteger os direitos civis dos cidadãos brasileiros, e realizar os valores fundamentais do liberalismo vigente à época, a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Assim disposto, mantinha-se o Império com o pensamento jurídico europeu, ligando-se o nosso direito aos valores de uma sociedade, uma cultura européia.

O Código Civil brasileiro é um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das idéias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais.

É um código conciso. Tem apenas 1.807 artigos, número bem inferior ao do francês (2.281), ao do alemão (2.383), ao do italiano (2.969), ao do português (2.234). Tecnicamente, é dos mais perfeitos, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, esmerada, segura, precisa.

Tem formação eclética, com predomínio de concepções do direito francês e da técnica do código alemão.



Sob o ponto de vista ideológico, consagrava o liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo.

Na parte do direito de família, consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo. Não obstante, continha algumas inovações progressistas para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe, mesmo na filiação ilegítima. Privava, porém, desse poder a bínuba, que somente vem a adquiri-lo em 1962, com o estatuto da mulher casada. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico.

Refletia, pois, o ideal de justiça de uma classe dirigente, européia por origem e cultura, mal-adequada às condições de vida do interior do país, traduzindo mais as aspirações civilizadoras dessa elite, embora progressista, do que os sentimentos e necessidades da grande massa da população, em condições de completo atraso (25).

O Código Civil brasileiro é, assim, produto de sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduz o sistema normativo de um regime capitalista colonial.

O projeto de Código ora em tramitação preserva a estrutura e a redação do Código Civil, atualizando-o com novos institutos da legislação especial e extravagante.

## **V — As transformações do direito civil ao final do séc XX.**

A reflexão crítica que se tem desenvolvido nas últimas décadas acerca das mudanças ocorridas na ciência e na cultura da modernidade, cujos modelos e paradigmas não mais seriam adequadas às características da sociedade contemporânea, estendeu-se, como inevitável, ao campo do direito, produzindo um exame de consciência, um repensar a tradição civilista, que encontra no estudo das fontes e na metodologia da realização do direito seus principais campos de atuação.

A primeira indagação que se faz é sobre a permanência das mesmas circunstâncias, políticas, econômicas, sociais, científicas, enfim, que marcaram a gênese dos códigos em geral, e do Código Civil brasileiro em particular.

A crise do Estado de Direito, que evoluiu para Estado Social e Estado Democrático Social, a complexidade das novas sociedades, a velocidade crescente nas mudanças das instituições econômicas, políticas e jurídicas, e um pluralismo jurídico, no sentido de uma multiplicidade de fontes e soluções jurídicas dentro do mesmo sistema (26), tudo isso se conjugou para que os juristas, particularmente os civilistas, começassem a refletir sobre a sua existência e a sua função na sociedade contemporânea, a partir de uma revisão crítica do seu processo histórico, para concluir pela inadequação do direito da época moderna, pela insuficiência de seus modelos e de soluções normativas para os problemas da sociedade contemporânea.

A crise do direito e da justiça, por sua complexidade, exige um esforço de reflexão multidisciplinar, interrelacionando-se as diversas perspectivas de seu estudo, vale dizer, a dogmática, ou doutrina jurídica, a filosofia, a sociologia, a história, na tentativa de superação dessa crise pela reconstrução de uma ciência total do direito.

Avalia-se o direito civil da pós-modernidade e das últimas décadas do século XX, e o quadro que se encontra é o seguinte:

O Direito Civil encontra-se hoje marcado por um processo de transformação nos seus valores e nas suas principais instituições. A segurança individual cede o passo ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal, cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente. A liberdade burguesa, nas suas expressões típicas da autonomia privada e do direito de propriedade, sofre limitações com a intervenção do Estado social. O direito de família modifica-se profundamente com a institucionalização da igualdade dos cônjuges e dos filhos, e com o reconhecimento da existência e eficácia da união estável entre companheiros. Disciplina-se o divórcio, ampliam-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos, regulamentando-se a procriação assistida. No campo econômico novos tipos de sociedades, novos contratos, medidas de proteção ao consumidor, atividades financeiras e de trabalho, concorrência, circulação de capitais, tudo isso estabelecido em profusa legislação especial e em normas constitucionais, induzindo à perda de status do Código Civil e à crescente importância da legislação especial.

Essas transformações concretizam-se nos seguintes aspectos:

1. Constitucionatização dos princípios fundamentais do direito privado que, contrariamente ao que sucedia no século passado, quando o Código Civil era a sede institucional dos princípios referentes à pessoa, sua família e seu patrimônio, hoje se localizam no Texto Constitucional, o novo epicentro do sistema jurídico e social.

2. Personalização do Direito Civil no sentido de sua humanização, isto é, uma ampliação do conceito jurídico de pessoa que passa a equivaler a ser humano, com o desenvolvimento de seu novo setor, o dos direitos da personalidade, com o objetivo de defendê-la na sua integridade física, intelectual e moral.

3. Desagregação do Direito Civil e conseqüente surgimento de ramos jurídicos autônomos, alguns com princípios próprios, como os direitos do trabalho, previdenciário, imobiliário, democrático, bancário, industrial, etc, inexistentes no século passado, tudo isso constituindo profusa legislação extravagante.

4. Configuração dos microssistemas jurídicos, leis autônomas em relação ao Código Civil, com princípios e interpretação própria, como o das sociedades por ações, a legislação agrária, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor, as instituições do mercado de capitais, das instituições financeiras, do inquilinato, da propriedade industrial, etc.

5. Crescente tendência para o pluralismo jurídico, com a relativização do poder do Estado como fonte principal ou exclusiva do direito e a aceitação de outras fontes de poder jurídico (27).

6. Admissibilidade de normas individuais e concretas no quadro geral das normas jurídicas.

7. Perda crescente da importância de certeza jurídica com o significado de segurança como fundamento axiológico do direito, em prol de outro valor fundamental, que é a justiça.

8. Preocupação com o conteúdo, a matéria das normas, suas ordens, diretrizes, autorizações, em detrimento do aspecto formal.

9. Complexidade crescente da vida social e da conseqüente normatização jurídica.

10. Preocupação crescente com a ética e a moral na legitimação da ordem jurídica com a politização da ciência jurídica e dos juristas.

11. A substituição do Código Civil pela Constituição no vértice da pirâmide jurídica ou na posição central do ordenamento jurídico, isto é, o primado e a centralidade da constituição no sistema de fontes do direito.

12. A relativização ou superação da dicotomia Estado versus Sociedade Civil, passando a considerar-se que o Estado, uma das instituições mais importantes da sociedade, subordina-se, como as demais, à ordem jurídica vigente.

13. Resgate do pensamento problemático, vale dizer, do direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva, no processo hermenêutico-interpretativo e judicativo-decisório.

14. Crise ou até superação da idéia do direito como sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura da codificação, que usava a razão em sentido teórico, e sua substituição pelos microsistemas ou pela idéia do sistema aberto, ambas as hipóteses implicando na retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do direito. Coerentemente com isto, a aplicação do direito deixa de ser um procedimento meramente lógico-dedutivo, e o juiz passa a ser, também, criador de direito.

## VI — A descodificação como antítese histórica.

A descodificação é um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microsistemas jurídicos. Representa o ocaso dos Códigos Civis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade, centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição.

Se a codificação é uma síntese histórica a descodificação representa uma antítese. Se a codificação resulta do racionalismo jurídico europeu, a época atual, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o movimento e a pluralidade no direito, comprovando a crise da unidade sistemática do direito civil, senão a própria recusa à idéia de sistema. O Código Civil não mais garante a unidade do direito privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o centro do poder civil à própria Constituição, agora o eixo em torno do qual gravita todo o ordenamento jurídico da sociedade brasileira. Não mais o regime do monossistema, sob a égide do Código Civil unitário da época liberal, que exprimia uma visão compreensiva da sociedade, mas o do polissistema, como pluralidade de núcleos jurídicos que representam a fragmentação dessa unidade, cada um com seus próprios princípios e lógicas interpretativas. O Estado, de espectador que era na época moderna, faz-se protagonista, e o civilista, que antes se configurava como o estudioso enciclopédico do direito privado, surge agora como especialista sectorial, como técnico de microsistemas ou de leis especiais, como personagem secundário.

Qual o sentido e o significado desse processo?

Se a constitucionalização da matéria civil implica um novo centro do sistema normativo, a Constituição, que passa a garantir a unidade do ordenamento jurídico, implica também a atribuição de um papel residual ao Código Civil e a necessidade de uma reflexão sobre problemas centrais da teoria geral do direito, que vão da teoria das fontes e da interpretação aos do método e até

do ensino jurídico, o que se junta à fragmentação do Código, tudo isso a configurar a passagem do monossistema ao polissistema, da unidade à pluralidade, da estática à dinâmica, na realização do direito. E se tal ocorre no campo estrutural, também na doutrina se verifica um movimento a denunciar a evolução do saber jurídico para uma postura menos racional e mais empírica, a partir de uma concepção do direito como prática social. Não é mais o tempo das teorias gerais das grandes construções, mas a época de superação da generalidade e da sistematicidade próprias dos sistemas fechados. É o tempo da razão prática e do sistema aberto. Por sua vez, o direito civil dogmático, enriquecido pelas contribuições da história, da filosofia, da sociologia, da economia, reconduz os juristas à exegese dos textos e relativiza a importância das antigas partes gerais dos Códigos, tornando imperativa também a revisão dos métodos didáticos.

**Conclusões.** A insuficiência de razões que justifiquem um novo Código Civil.

Revisitado o Direito Civil no seu contexto cultural moderno, nele compreendida a experiência jurídica brasileira, a que conclusões podemos chegar a respeito das mudanças que neste século se têm verificados por força dos desafios da sociedade pós-moderna, principalmente no que diz respeito à existência e funções do Código Civil?

Saliente-se que as notas marcantes do Direito Civil são a historicidade, no sentido de uma formação ao longo do tempo, e a continuidade, com referência a um processo constante e uniforme de decidir. Como produto desse longo evoluir histórico, o Direito Civil vem a configurar-se como o direito dos particulares, fundado no princípio da igualdade e elaborado com base no reconhecimento de uma esfera de soberania individual, cujas manifestações mais evidentes são o princípio de liberdade com referência à pessoa, a propriedade no tocante à relação pessoa-bens da vida, e no contrato, com referência à atividade livre dos indivíduos. Surge, então, o Direito Civil como aquele sector da experiência jurídica que privilegia a chamada autonomia privada, poder jurídico que os particulares têm de dispor dos seus interesses e de regular juridicamente as suas relações, nos limites estabelecidos pela ordem pública e os bons costumes. Todos esses aspectos têm de ser levados em conta no balanceamento do estado atual e das perspectivas que se oferecem ao Direito Civil e aos civilistas.

Como produto histórico e cultural, o Direito Civil acompanhou as vicissitudes da cultura que integrava, sob a influência de outros grandes componentes culturais, a filosofia grega e o cristianismo. Da primeira herdou os princípios e os conceitos fundamentais que vieram a orientar os grandes sistemas de

pensamento, entre os quais o pensamento racional; do segundo, o humanismo, a importância e a dignidade da pessoa humana, correntes de pensamento com grande influência na evolução do direito da época moderna.

A corrente racionalista tem início com o predomínio da razão (logos) no pensamento grego, desenvolvendo-se na filosofia medieval e consagrando-se no jusracionalismo, uma das filosofias básicas do direito privado ocidental. Do jusracionalismo surge a idéia do direito como sistema, considerando este, em princípio, como um conjunto unitário e coerente de conceitos e proposições jurídicas, articulados de modo axiomático-dedutivo, que vem, por influência do iluminismo, a resultar nas grandes codificações do direito europeu.

O Direito Civil brasileiro não fugiu a isso. Sistematizado no Código de 1916, foi eclético na sua gênese, adaptando concepções do Código francês e a técnica do Código alemão. Sob o ponto de vista ideológico, era expressão dos interesses da burguesia mercantil, mais liberal, e da burguesia agrária, mais conservadora, do final do século XIX, vindo a sofrer, como é óbvio, os desafios do advento da sociedade industrial e tecnológica, guardadas as limitações decorrentes da condição colonial e periférica da economia e da sociedade brasileiras.

Qual o sentido da evolução do Direito Civil brasileiro neste século e como se apresenta hoje, nas vésperas do terceiro milênio? O que é o Direito Civil, quem são e o que fazem os civilistas, quais as perspectivas que se apresentam?

Creio que o rápido bosquejo histórico aqui traçado já nos permite responder a tais indagações e concluir.

A evolução da ciência do direito, mais particularmente do Direito Civil, é marcada pelo paradigma da racionalidade, principalmente a partir da revolução intelectual que se verificou na Europa na época moderna, séculos XVII e XVIII, com o advento do racionalismo e do iluminismo.

A grande contribuição do racionalismo no direito foi o conceito de sistema, conjunto unitário e coerente de elementos articulados e estruturados de modo lógico-dedutivo, que vem a constituir-se no paradigma dos Códigos e das Constituições.

A codificação do direito brasileiro seguiu o mesmo modelo, por influência do direito europeu, principalmente os Códigos Civis francês e alemão, sendo que deste adaptou a sistemática externa, de modo quase igual.

As transformações da sociedade civil brasileira no curso deste século, co-envolta no processo de revolução industrial e tecnológica, com a intervenção crescente do Estado no âmbito da autonomia privada, têm causado, porém, notórias modificações de natureza formal e material no sistema de Direito Civil brasileiro.

Sob o ponto de vista material, desenvolve-se uma crítica ao direito da modernidade, marcado pelo processo de racionalização que caracterizou o desenvolvimento do capitalismo no século XIX, em que se acentua uma tendência progressiva da orientação técnica e instrumental da vida social. Em última análise, é uma crítica ao positivismo, a principal filosofia do direito da modernidade, e uma recusa à sistematicidade em favor do empirismo e da razão prática na realização do direito.

Paralelamente a essa crítica à racionalidade instrumental e ao conceito de sistema, principalmente o fechado, axiomático-dedutivo, verifica-se a desagregação do Direito Civil tradicional, que se fragmenta em microssistemas, cada um com individualidade e especificidade, autonomia e interpretações próprias. É o fenômeno da descodificação, que supera a pretensão tradicional de totalidade e de generalidade dos Códigos Civis modernos, surgindo, em detrimento da sua estrutura, novos ramos do direito, como o do trabalho, o agrário, o previdenciário, o imobiliário, o dos transportes, o bancário, o industrial, o notarial, o da responsabilidade civil, etc. No campo doutrinário, o jurista perde também a sua pretensão de totalidade do conhecimento do direito e transforma-se em técnico especializado desses microssistemas, embora politicamente participante na construção e na defesa da cidadania. E as questões mais candentes da atualidade, ou estão na legislação especial ou na Constituição.

Sob o ponto de vista axiológico, a segurança jurídica perde terreno para os valores do bem comum e da justiça social. O pensamento jurídico passa a orientar-se mais em função dos valores do que dos interesses, recorrendo cada vez mais às cláusulas gerais e aos princípios jurídicos, categorias que não permitem maior rigor no trabalho lógico-dedutivo, ou raciocínio de subsunção, o que leva a falar-se atualmente em perdas de certeza no pensamento jurídico (28).

Constata-se a crise da sistematicidade e revigora-se o conflito entre o formalismo e o pragmatismo. Na relação entre o logos e a vida, que na modernidade tendia para a absolutização do primeiro, a pós-modernidade acentua o primado da vida, propondo-se uma reflexão crítica sobre o dogmatismo metodológico. O mundo da vida supera o mundo da razão.

O direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis.

O Direito Civil brasileiro, na véspera do terceiro milênio, encontra-se dividido, separada a doutrina do Código, fragmentado este em microssistemas e superada aquela nas suas pretensões de racionalidade, generalidade e siste-

maticidade. O processo de mudança é fértil, com a proliferação legislativa que, se por um lado atende à casuística jurídica, por outro atesta a preocupação do político e do jurista com o bem-estar do homem contemporâneo, não o *homo ideologicus* que motivou o direito e o Código Civil da modernidade, mas o *homo privatus* (29), nas suas carências e nos anseios de realização dos seus valores supremos — a liberdade, a justiça e o bem comum. Concluiu-se, assim, que diversas são as circunstâncias e que não mais persistem os paradigmas da codificação moderna.

Com nostalgia, mas também com senso de realismo devemos reconhecer que o declínio do Código Civil está consumado, não subsistindo razões, que não sejam meramente formais, para um novo Código.

Permanece, todavia, o Direito Civil, como ciência de princípios e regras ainda comuns a todos os ramos do direito privado, observadas as tendências contemporâneas de constitucionalização, personalização e descodificação que, se atestam a crise da sistematicidade e reconduzem os juristas à prática de um novo empirismo na doutrina e a uma nova exegese na interpretação, permitem a reconfiguração do Direito Civil como o direito básico e nuclear da pessoa humana.

## NOTAS

(1) Cfr. do autor, *Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Forense 1991, p. 22. DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos Martinez. *El derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p. 40 e segs.

(2) TARELLO, Giovanni. Le idee della codificazione in *Il diritto privato nella società moderna.*, Bologna, II Mulino, 1971, p. 31.

(3) CARZO, Domenico, *Code*, in *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris. L.G.D.I., 1993, p. 67.

(4) Cfr. Do autor, *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, in Revista "O Direito", Lisboa, 1994, p. 67.

(5) SAVIGNY, F.K.v., *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1814. THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Berlin, 1814.

(6) KAUFMANN, Arthur, e HASSEMER, Winfred. *El pensamiento jurídico contemporaneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, p. 204.

(7) KAUFMAN, HASSEMER, op. cit., p. 207.

(8) SAVIGNY, op. cit., apud Marini, Giuliano. *La polemica sulla codificazione*, Napoli, E.S.I., 1989, p. 106.



- (9) BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Código*, in Enciclopédia Polis, I, Lisboa, Ed. Verbo, 1983, p. 922.
- (10) KAUFMAN, HASSEMER, P. 208.
- (11) Idem, p.211.
- (12) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 281.
- (13) VIOLA, Francesco. *Il diritto como pratica sociale*, Milano, Edizioni Univesitarie Jaca, 1990, p. 59.
- (14) ALPA, Guido, in *La riforma del codice civile*, Milano, Cedam, 1994, p. 3.
- (15) REIS MARQUES, Mário. *O liberalismo e a codificação do direito civil*, Portugal, Coimbra, 1987, p. 5.
- (16) TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 28.
- (17) IRTI, Natalino. *Decodificazione*, in *Digesto dele Discipline Privatistiche*, V, Torino, UTET, 1989, p. 142. GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 40 e segs.
- (18) FRANCO Piga. *Tramonto del codice civile*, in *Temì della cultura giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1981, p. 49.
- (19) WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 365.
- (20) Idem, p. 367.
- (21) Tarello, op. cit., p. 37.
- (22) Idem, p. 40.
- (23) HEGEL. *Moderne Welt*, apud HABERMAS, Yürgen. *O discurso filosófico da modernidade*, Lisboa, Don Quixote, 1990, p. 27.
- (24) Tarello, op. cit., p. 29.
- (25) GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador, Livraria Progresso Editora, 1958, p. 43.
- (26) ARNAUD, André-Jean, DULCE, Maria José Fariñas. *Sistemas jurídicos: Elementos para un analisis sociológico*, Madri, Universidade Carlos III, 1996, p. 279.
- (27) Sobre pluralismo, cfr. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*, São Paulo, Ed. Alfa Omega, 1994, p. 155 e seg.
- (28) HAVERKAT, in LAMEGO, José, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*, Lisboa, Ed. Fragmentos, 1990, p. 80.
- (29) IRTI, op. cit., p. 147.