

Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro

FRANCISCO AMARAL

S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Razão, racionalismo e racionalismo jurídico. 3. Sistema e pensamento sistêmico. 4. A idéia de sistema no direito e o processo de codificação. O Código Civil Brasileiro. 5. O direito civil contemporâneo. Constitucionalização e descodificação. 6. Conclusões. Perspectivas do Direito Civil Brasileiro.

1. *Introdução*

O que é hoje o direito civil, quem são e o que fazem hoje os civilistas? Quais as perspectivas que a esse respeito se apresentam no final deste século?

Penso que a resposta a tais indagações passa por uma reflexão sobre a experiência jurídica ocidental, particularmente o direito civil, tomando como ponto de referência um de seus condicionantes histórico-filosóficos mais significativos – o racionalismo jurídico – e como suas projeções no direito o conceito de sistema e o processo de codificação, suscitando ainda uma questão da maior atualidade, que é a da permanência do Código Civil como ordenamento global da disciplina jurídica da sociedade privada. E sendo o Código um dos produtos imediatos desse racionalismo, discute-se, em última análise, a conveniência de se manterem as formas legais da racionalidade herdada do pensamento jurídico europeu do século XIX e da sua adequação à experiência jurídica brasileira contemporânea.

Essa reflexão leva em conta o sentimento de angústia gerado pela percepção da crise que perpassa pelo direito contemporâneo, conscientizando-se os juristas da necessidade

de histórica de rever as estruturas normativas vigentes, à luz das novas funções que a vida social impõe ao direito.

Antes de mais, diga-se que a tão apregoada crise do direito nada mais é do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social e impôs crescentes desafios às estruturas jurídicas herdadas do século XIX. A resposta a esses desafios exige dos juristas e, particularmente, dos nossos civilistas um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, a partir do conhecimento do direito brasileiro, na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea.

Superada essa preliminar, propomo-nos a focalizar um dos mais discutidos temas da metodologia jurídica atual, que é o predomínio do conceito de sistema e do pensamento sistemático¹ na ciência do direito, como herança da racionalidade que marcou o pensamento jurídico europeu dos séculos XVIII e XIX,² projetando-os na experiência histórica

brasileira e verificando de que modo se apresentam no direito civil contemporâneo e se perspectivam para o terceiro milênio.

Escolhendo esse tema, que se integra no movimento de revisão crítica por que passa o direito atual, com a hermenêutica e a *praxis* superando a concepção dogmático-exegética da ciência jurídica e a correspondente visão positivo-legalista herdada do século passado, associamo-nos às justas comemorações que marcaram em 1992 o centenário de Pontes de Miranda, figura exponencial e um dos mais legítimos representantes do pensamento sistemático no direito brasileiro, do que são prova os seguintes trechos que me permito transcrever do prefácio do seu *Tratado de Direito Privado*:

"Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêem (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem."

.....
"A parte geral do direito é um dos ramos do direito. Todo sistema jurídico é sistema lógico. Cada ramo também o é. Não é contemplação, nem doutrina teleológica. Há de formar sistema lógico; ou, melhor, há de ser apañhado do que é geral e comum no sistema lógico, ou geral e comum nos sistemas lógicos de que se trata"³.

2. Razão, racionalismo e racionalismo jurídico

Problema básico da filosofia e da ciência do direito é estabelecer o critério mais adequado à aquisição do conhecimento jurídico, com a razão e a experiência, o racionalismo e o empirismo sempre se constituindo em pólos e correntes opostas de pensamento, como procedimentos específicos de aquisição do saber, e como posições epistemológicas contrárias. Particularmente no direito, a

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auflage Berlin: 1983. Dunker und Humbolt, (Trad. port.: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Intr. e trad. de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 5. p.)

² Essa herança, representada pelas concepções positivistas e formalistas do direito, e expressa no paradigma dogmático, assentava nas seguintes premissas: a) o direito como sistema de normas criadas pelos órgãos do Estado em determinado momento histórico; b) consideração da norma jurídica como imperativo; com a forma de um juízo lógico hipotético-condicional; c) teoria monista das fontes do direito, sendo a lei uma regra geral, abstrata e universalmente obrigatória; d) consideração do sistema jurídico como um sistema normativo pleno, com a proibição expressa de heterointegração, isto é, preenchimento de lacunas da lei com a aplicação de normas ou princípios de outro sistema; e) representação da autoridade do juiz como tarefa de conhecimento idêntica à da ciência; f) redução da interpretação à mera exegese de normas, cuja determinação (a norma aplicável) não seria problemática; g) separação radical entre os conceitos de interpretação e criação do direito. PUCEIRO, Zuleta. "Paradigma dogmático y ciencia del derecho", Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1981, pp. 155-6; LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, p. 29.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, t.1, 5.ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. IX.

razão funciona como sistematizadora do raciocínio e do conhecimento, dando consistência a uma ordem normativa.⁴ O racionalismo (de *ratio*) vê no pensamento, na razão, a fonte principal do conhecimento humano. Seu modelo é o conhecimento matemático, predominantemente conceitual e dedutivo. No direito, encontra seu maior desenvolvimento na filosofia social do seu arquétipo; é o direito natural ou jusnaturalismo. Contrapõe-se ao empirismo, para o qual a única fonte do conhecimento é a experiência. Sua principal expressão no direito contemporâneo é o realismo jurídico.

O racionalismo remonta ao pensamento grego, onde se encontram, como característica dos primeiros filósofos, as idéias de ordem e de medida⁵ que governam o mundo (*Kosmos*) saído da desordem (*chaos*). Essa ordem eram as leis, o *logos* ou razão, como princípio ativo que animava e ordenava a matéria. O *logos* como racionalidade, qualidade do que é conforme à razão. Racionalidade do mundo e, obviamente, racionalidade do homem.

A doutrina que confere à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano é, portanto, o racionalismo, cultivado especialmente por Locke, Descartes, Spinoza e pela filosofia do Iluminismo, movimento culminante da revolução cultural e intelectual que marcou o pensamento europeu dos séculos XVII e XVIII. No campo do direito, como já assinalado, foi cultivada pelos juristas do direito natural, um dos componentes fundamentais da história do direito privado e antecedente necessário das modernas teorias jurídicas,⁶ sob o nome de *jus-racionalismo*.

Qual a contribuição do *jus-racionalismo* à ciência do direito? Antes de mais, "uma

ideologização da vida pública" no sentido de que toda a atividade social é racionalmente ordenada, permitindo-se a justificação racional das posições político-constitucionais da época moderna. Como teoria, dá ao direito um sistema e um método dogmático específico, a partir de conceitos gerais, abrindo caminho, com sua visão de conjunto, para as construções sistemáticas autônomas. Sua mais importante contribuição é, portanto, a idéia de sistema no direito. Como afirma Wieacker, "com o sistema do *jus-racionalismo*, a ciência jurídica positiva adotou também a sua construção conceitual. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *forum* da razão através da exatidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do *jus-racionalismo*, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma *demonstratio more geometrico*, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua *Ethica more geometrico demonstrata*, a metafísica de Spinoza. Através dos discípulos juristas de Christian Wolff, estas exigências entraram a fazer parte para sempre do programa da ciência jurídica privatística. A jurisprudência dos conceitos do século XIX é essencialmente a herdeira deste processo cognitivo galilaico-cartesiano."

Da ligação do *jus-racionalismo* com o iluminismo surge a primeira grande onda de codificações modernas, a saber: o código prussiano (*Preussisches Allgemeines Landrecht, ALR*, 1774), o código civil austríaco (*Osterreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB*, 1812) e o código civil francês (*Código Civil*, 1804).

7 Idem, p. 310.

⁴ ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique*. Paris: LGDJ, 1981, p. 31.

⁵ DAZO, Hector. *Razon y filosofia; Para un estudio de la génesis de la racionalidad en Occidente*. Buenos Aires: Cathedra, 1974, p. 11.

⁶ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., 1967, (Trad. port.: *História do direito privado moderno*, Trad. de Antonio Hespanha, 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 298). Sobre as características do *jus-racionalismo*, cf. BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Introdução ao direito*. 1. *O conceito de direito*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

cuja caracterização formal e material não cabe aqui referir, com os quais se pretendia a disciplina geral da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, e do que é melhor exemplo o código civil francês, por sua importância e influência. Baseados na convicção iluminista de que o governo racional dos governantes criaria uma sociedade melhor, esses códigos podem considerar-se como verdadeiros atos de transformação revolucionária.

O racionalismo jurídico está, assim, na própria base do Estado moderno, e suas manifestações intelectivas, como a construção dos conceitos e dos sistemas, são expressão do domínio de uma nova classe, a burguesia racionalista e calculadora,⁸ que vê como possível uma igualdade material de direitos, por meio da generalidade e da abstração das normas jurídicas, generalidade no sentido da indeterminação dos sujeitos, e abstração como universalidade dos casos a que se aplica a lei, atributos esses decorrentes do princípio da igualdade formal do modelo jurídico do liberalismo. O racionalismo marca, assim, a ciência jurídica moderna, cuja nota específica é a exatidão.⁹ Sua realização máxima são os códigos e as constituições: razão, direito e política.¹⁰ O pensamento sistemático invade a ordem jurídica.

3. Sistema e pensamento sistemático

Significativa contribuição do *jus-racionalismo* é a consideração do direito como sistema, abrindo caminho para a construção unitária e autônoma que veio a marcar a ciência jurídica da modernidade.

Embora sem unanimidade nessa matéria, podemos considerar o sistema como um conjunto ordenado de elementos, marcado pela unidade, coerência e hierarquia. Unidade, no sentido de aglutinação desses elementos, normas, princípios e valores, em torno de um princípio básico, geral e comum; coerência,

como ligação entre si e ausência de contradição; hierarquia, no sentido de dependência e dedutibilidade lógica.

O sistema jurídico, ou, de modo mais preciso a concepção do direito como sistema, é tema fundamental da ciência jurídica moderna, pois o julgamento de validade de uma regra jurídica pressupõe a tese da sistematicidade do direito,¹¹ no sentido de que a regra vale se observar os requisitos legais, isto é, se for conforme o ordenamento jurídico. Constitui-se, assim, em pressuposto teórico de relevo nos estudos de filosofia, de metodologia e de teoria jurídica. Diga-se porém que, embora correspondendo a uma ambição filosófica do saber total e a uma tendência de ver o direito como um conjunto de normas estabelecidas de modo coerente, unitário e subordinado, o sistema nada mais é do que um modelo, uma criação intelectual, uma "ficção controlada pela experiência", para atender a uma demanda crítica do saber. Não se deve, por isso, chegar ao ponto de tomar o modelo como realidade, vendo-se no direito características que na realidade não possui.¹²

O conceito de sistema é útil na medida em que possa desempenhar função significativa na ciência e na prática do direito, facilitando-lhe a aplicação dos seus princípios, conceitos e regras gerais, assegurando uma certa previsibilidade dos efeitos jurídicos e garantindo ainda a unidade interior do direito, com a interpretação sistemática e a aplicação analógica das normas jurídicas. Existem, porém, diversos conceitos de sistema, e nem todos são aceitáveis. Devem excluir-se, por impróprios, os conceitos que não expressem a *ordem* e a *unidade* que lhes são características – ordem, no sentido de compatibilidade lógica de seus elementos, e unidade, no sentido de referência a um ponto central. São impróprios: o chamado sistema externo, que se refere apenas à exposição do material jurídico, apresentando o direito como um conjunto de normas; o sistema

⁸ ARBOLEYA, Enrique Gómez. *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 424.

⁹ BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*, 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 20.

¹⁰ ARBOLEYA, op. cit., p. 468.

¹¹ SÈVE, René. Le système juridique; Introduction. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 Paris: Sirey, 1986, p. 1.

¹² GRZEGORCZYK, Christophe. Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit. In: *Archives de Philosophie du Droit*, p. 301.

axiomático-dedutivo, que defende a possibilidade de uma dedução puramente lógico-formal das regras jurídicas, a partir de axiomas – proposições tão evidentes que dispensam demonstração, e aqueles conceitos que exprimam apenas categorias puramente formais, como os de Stammler, Kelsen e Nawiasky, assim como o sistema lógico-formal da jurisprudência dos conceitos.¹³

A idéia de sistema, como modelo hierárquico e axiomático, está hoje em crise, principalmente pelo aspecto excessivamente técnico e instrumental que a razão tem assumido no campo jurídico e nos demais setores da sociedade.¹⁴

A oposição mais conhecida é a de Viehweg, que "não só condena a dogmática jurídica de natureza lógico-dedutiva, como nega cientificidade à jurisprudência em geral, considerando destituída de unidade sistemática".¹⁵ Defendendo a concepção do direito como problema, ou pensamento problemático, considera o direito como conjunto de *topoi*, juízos normativos elaborados para atender a problemas concretos, sem concessões à unidade sistemática. A discussão em torno dessa dicotomia, o direito como sistema ou pensamento sistemático, e o direito como problema, ou pensamento problemático, tem sofrido, porém, da falta de clareza quanto ao próprio conceito de sistema, pelo que se censura Viehweg por ter conduzido uma "luta contra moinhos de vento", já que o sistema lógico por ele questionado há muito ninguém o defende.¹⁶ E até os mais adeptos da idéia do direito como sistema são os primeiros a reconhecer que no estágio atual da ciência jurídica, o direito se apresenta como um ordenamento formado não só de normas, mas também de valores e princípios jurídicos, produto da relação dialética entre a

intenção sistemática, exigida pelo postulado da ordem, e a experiência problemática, imposta pela realidade social. O sistema passa a configurar-se assim como uma "ordem axiológica ou teológica de princípio gerais", "uma entidade aberta e dinâmica que continuamente se enriquece e constitui".¹⁷ Não mais o "sistema fechado", representado pela idéia da codificação, mas "sistema aberto", incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.

Verifica-se, portanto, o ocaso do modelo de sistema hierárquico e axiomático no direito dos séculos XVIII e XIX. O novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva, mas como uma rede,¹⁸ um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou a orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento, à espera da necessária concretização. O movimento interno do sistema não é ascendente, mas circular. E enquanto o sistema axiomático usava a razão em sentido teórico o sistema circular usa-a em sentido prático, substituindo-se o rigor lógico pela probabilidade dos fatos. Mas, se ainda considerarmos o sistema no seu sentido tradicional, verificaremos que a sua unidade, característica básica, dá lugar à pluralidade, no sentido de um ordenamento, no caso o de direito civil, não se configura mais como um sistema unitário mas como um conjunto de microsistemas, múltiplos núcleos com as características da sistematicidade. É o polisistema. No mesmo sentido, pode-se dizer que o pensamento sistemático dá lugar ao pensamento pragmático, com o predomínio da razão prática.

O direito assume, desse modo, e cada vez mais, o caráter de uma prática social. Com a revalorização da *praxis* e da experiência, a sistematicidade entra em crise e desenvolve-se o empirismo na doutrina.

¹³ CANARIS, op. cit., p. 27.

¹⁴ HABERNAS, Jürgen. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1968. (Trad. espan. de Manuel Jiménez, Buenos Aires: Taurus Ediciones, 1990, p. 9), *Theorie und Praxis*. Darmstadt: 1963, (Trad. espan. de Salvador Más Torres. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 296 ss.).

¹⁵ VIEWEG, Theodor. *Tolpik und Jurisprudenz*. Munique: (Trad. de Tércio Sampaio Ferraz. Brasília: DIN, 1979).

¹⁶ DIEDERISCHEN, apud CANARIS, op. cit., p. 17.

¹⁷ CANARIS, op. cit., p. 280; Castanheira Neves. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*. (Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, II). Coimbra: 1979, p. 171.

¹⁸ VIOLA, Francisco. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Jaca Book, 1990, p. 59.

4. A idéia de sistema no direito e o processo de codificação. O Código Civil Brasileiro

Do Iluminismo resultou a convicção de que o governo poderia criar uma sociedade melhor, mais livre e igualitária. E o direito seria o instrumento adequado à realização dessa idéia, com a sistematização da matéria jurídica em um corpo já unitário e homogêneo, chamado código. Disso são exemplos os códigos jus-naturalistas supramencionados, sendo a codificação, portanto, a expressão do racionalismo no direito, e o sistema o seu paradigma. O importante era elaborar conceitos e preceitos racionais, não contraditórios, manifestação de uma unidade de poder e de razão,¹⁹ vindo ao encontro dos anseios ou necessidades de uma burguesia que lutava pelos valores da liberdade e da igualdade conquistados na Revolução de 1789 e consagrados no Código Civil francês. A liberdade perante o Estado, a igualdade dos cidadãos perante a lei, a garantia absoluta do direito de propriedade como atributo da personalidade eram princípios revolucionários que o código civil acolhia, assumindo, assim, um caráter de obra revolucionária.²⁰

A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação no direito, levando ainda ao surgimento dos princípios gerais do ordenamento, diretrizes ou idéias básicas que presidem a adaptação do direito à complexidade da vida real. Tudo isso explica o triunfo dos códigos nos três últimos séculos. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas.

O código passou a ser, na esfera do direito privado, pela possibilidade de previsão dos efeitos dos atos jurídicos, a garantia das liberdades civis e do predomínio do poder legislativo sobre o judicial, assegurando a autonomia do indivíduo em face do poder estatal, como ocorre, no direito público, com

as declarações de direitos e as Constituições. Assim sendo, permitia a realização do espírito da época, o "individualismo jurídico próprio do pensamento liberal", que se exprime, entre outros aspectos, na divisão do direito em público e privado, na garantia da liberdade dos indivíduos, e na concepção da centralidade do direito em face da política e da filosofia.

No que diz respeito ao Brasil, a nossa codificação civil foi um processo que começou em 1822 e terminou em 1916, com a publicação do Código Civil Brasileiro. Os trabalhos da codificação iniciaram-se com Teixeira de Freitas, em 1855, convidado, inicialmente, para consolidar a legislação civil existente no Brasil, "esparça, desordenada e numerosíssima", e, posteriormente, para redigir o projeto do Código Civil.²¹ O produto desse trabalho são suas famosas e importantes obras, a *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço de Código Civil*. Não o Código, consecutivamente, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, cujos projetos, não tendo logrado aceitação, foram desaguado na obra de Clóvis Beviláqua. Este eminente jurista, professor da Faculdade de Direito do Recife, concluiu o processo da codificação civil brasileira com um projeto que, apresentado em 1889, somente logrou aprovação em 1.º de janeiro de 1916, para entrar em vigor em 1.º de janeiro de 1917.

Esse Código é produto de sua época, com formação eclética e influência do direito francês e da técnica do Código alemão. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, representa o sistema normativo de um capitalismo colonial no campo das relações civis.

No seu aspecto formal e à semelhança do Código alemão (BGB), tem a precedê-lo uma Lei de Introdução, com regras sobre publicação, vigência e aplicação das leis, e com os critérios para a solução de conflitos de

¹⁹ ARBOLEYA, op. cit., p. 450.

²⁰ NICOLÒ, Rosario. Codice civile. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 248.

²¹ A Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, dispunha, no seu art. 179, item 18: "organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade". Em 16 de dezembro de 1830 publica-se o Código Criminal do Império, substituído, com o advento da República, pelo Código Penal de 11 de outubro de 1890.

normas no tempo e no espaço. Quanto à estrutura do Código propriamente dito, compõe-se de duas partes, uma geral, de 179 artigos, reunindo os princípios e as regras aplicáveis às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos, e outra especial, subdividida em quatro livros, o do direito de família, com 305 artigos, o do direito das coisas, com 378 artigos, e o do direito das obrigações, com 769 artigos, e o do direito das sucessões, com 236 artigos, em um total de 1.807. Essa disposição parte da pessoa como conceito de maior extensão e importância no direito e, portanto, de maior destaque e primazia. Logo após, a família, como círculo social básico, onde a pessoa nasce e se desenvolve. Em seguida, os bens, tudo aquilo sobre que a pessoa exerce os seus poderes e que, dividindo-se em coisas e ações, justificam a disciplina dos direitos reais e do direito das obrigações, tudo isso a finalizar no direito das sucessões, que com todos se relaciona. Estruturada, desse modo, a matéria do direito civil brasileiro, em torno e em função das instituições fundamentais do direito privado, a saber, a pessoa, a família e o patrimônio, apresenta-se cada uma delas como um verdadeiro microsistema jurídico, com sua realidade própria e seus elementos específicos, normas, princípios, valores e relações, embora ainda formalmente ligados no contexto unitário do Código Civil.

No curso da sua existência, o nosso Código tem sido alterado ou complementado por grande número de leis especiais, de modo a poder enfrentar as questões decorrentes das mudanças verificadas na sociedade brasileira durante este século, sendo que já foi objeto de três tentativas de reforma. Em 1941, com o Anteprojeto de Código das Obrigações, de Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães; em 1961, com o Anteprojeto de Código Civil, de Orlando Gomes, e de Código das Obrigações, de Caio Mário da Silva Pereira; e em 1967, com o Anteprojeto de Código Civil, da comissão formada por Miguel Reale, Moreira Alves, Arturdo Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato de Castro. Nenhum foi aprovado, sendo que o último encontra-se atualmente no Congresso Nacional.

5. O direito civil contemporâneo. Constitucionalização e descodificação.

A publicação do Código Civil Brasileiro deu azo a grande movimento de floração doutrinária, com obras de grande vulto tanto no campo da teoria quanto no da exegese das normas e institutos do novo Código.

Sendo, porém, o Código um conjunto sistematizado de regras jurídicas destinado a reger, com a maior amplitude e generalidade possíveis, as relações de natureza privada, como estatuto fundamental da sociedade civil, cristalizando em suas normas os valores e as ideologias dominantes no seu tempo, teve naturalmente de sofrer a influência do processo de evolução que marcou a sociedade brasileira deste século.

Assim é que, publicado o Código, tantos foram os problemas e os desafios da sociedade em mudança, e tamanha foi a dificuldade do Código em se adaptar às novas exigências, que foi necessário partir-se para a adoção de leis especiais em ritmo crescente, tentando adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas contingências da sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação. Rompiam-se, desse modo, a unidade e a generalidade do Código Civil, com a edição de normas especiais, que, "editadas para a disciplina de certas categorias de relações", passaram a ser mais aplicadas do que o próprio Código, deslocado este de sua posição de lei fundamental do sistema de direito

22 Além das obras de Clóvis Bevilacqua, onde sobressai meritória a Teoria Geral do Direito Civil, destacam-se as de Lacerda de Almeida, Marinho Garcez, Almáquio Dinis, Azevedo Marques, Lafayette Rodrigues Pereira, Ferreira Coelho, Eduardo Espinola, Eduardo Espinola Filho, Carvalho Santos, Paulo Lacerda, Pontes de Miranda, João Luis Alves, Spencer Ráo, Serpa Lopes, Adauto Fernandes e, mais recentemente, San Thiago Dantas, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Antônio Chaves, Washington de Barros Monteiro, Sívio Rodrigues, Franzen de Lima, Vicente Ráo, Serpa Lopes, Arnaldo, Wald, Rubens Limongi França, Maria Helena Diniz, etc. Sobre a elaboração e a reforma do Código Civil, cf. Limongi França, *Manual de direito civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, pp. 102 ss.

privado para a condição de lei supletiva e subsidiária.

Surgem assim novos ramos jurídicos, especiais e autônomos, como o direito de trabalho, para disciplinar a prestação de serviços de determinada natureza, o direito agrário, para as relações típicas da atividade agrária, a legislação da previdência social, do inquilinato, da navegação aérea, da atividade financeira e bancária, da proteção ambiental e do consumidor, dos novos tipos de propriedade, como a industrial, a intelectual, a urbana. Configuram-se novas questões a exigir do direito adequadas estruturas jurídicas de resposta, como ocorre com o ambiente, a procriação artificial, os transplantes, a engenharia genética, a eutanásia, enfim, problemas do direito à vida que situam novamente a pessoa no centro do ordenamento jurídico, reafirmando-se o direito civil como sistema de defesa do indivíduo, do seu ser físico e natural, da sua individualidade e da sua vontade.

Toda essa variada gama de regras jurídicas, destinada a disciplinar novas situações e novos conflitos de interesses, rompe a unidade do direito civil e contesta a generalidade de suas normas, o que levou autores de nomeada a vislumbrar o ocaso e a agonia do Código Civil.²³

Com essas modificações, configura-se uma crescente intervenção do Estado na economia e na vida social, o que vem também a marcar, de modo inconfundível, o direito civil brasileiro das últimas décadas.

Dois conseqüentes aspectos são de assinalar: a *constitucionalização* dos princípios e institutos fundamentais do direito privado e a *fragmentação* da matéria privada em ramos distintos e autônomos, passando-se do monossistema das codificações do século XIX para o plurissistema típico da época contemporânea.

Essa constitucionalização significa que os princípios básicos do direito privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no

ordenamento jurídico, assumindo o lugar até então privilegiadamente ocupado pelo Código Civil, transformando-se este num satélite do sistema constitucional. Os valores fundamentais do direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança etc., saem do seu *habitat* natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do texto constitucional, que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político-administrativa do Estado.

Fixando-se como vértice da pirâmide normativa, a Constituição cria o problema da legalidade constitucional de todas as normas que lhe são inferiores, pertencentes ao Código Civil ou à legislação autônoma. Por outro lado, de modo contrário ao Código Civil, que conserva os valores da sociedade liberal do século XIX, a Constituição "projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade" com suas normas programáticas.

Conseqüência imediata desse processo é a *inserção da normativa constitucional no corpo do direito civil, como constante critério de controle*. De outra parte, as suas normas programáticas vão estimular a criação de leis especiais que, em matéria civil, reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos que fragmentam o sistema unitário presidido pelo Código Civil, caracterizando o chamado processo de *descodificação do direito*, termo devido a Irti e, no Brasil, adotado por Orlando Gomes.²⁴

Antes demais, a descodificação representa uma antítese histórica. Se a época da codificação, basicamente o século XIX, resulta do racionalismo jurídico europeu, como convergência de três tendências, a do *direito natural* racional, como razão utópica construtora da realidade, a do *racionalismo burguês*, como racionalismo afirmador da vida profana, livre e igual, e da *razão de Estado*,

²³ GOMES, Orlando. "A agonia do Código Civil." *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1985, n.º 7, p. 9.

²⁴ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979; GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 40 ss.

como edificador do Estado moderno,²⁵ sendo os códigos momento essencial da razão jurídica moderna²⁶ e o símbolo da *estabilidade* e da *unidade*, a época atual da descodificação, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o *movimento* e a *pluridade* no direito, comprovando a crise da unidade sistemática do direito civil herdada da racionalidade jurídica dos dois últimos séculos. O Código Civil não mais garante a unidade do sistema de direito privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o cetro 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,²⁷ 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, se faz protagonista, e o civilista, que antes se configurava como o "estudioso enciclopédico do direito privado", surge agora como especialista setorial, como técnico de microssistemas ou de leis especiais,²⁸ como personagem secundário. Sua contribuição é fundamentalmente técnica, inserida no ritmo da sociedade industrial pós-moderna, e destituída da importância política de antigamente, quando foi decisiva ou marcante a sua contribuição, não só para a gênese da mentalidade como para a própria segurança da vida privada. Qual o sentido e o significado desse processo? Se a constitucionalização da matéria civil implica num novo centro do sistema, normativo, a Constituição, que passa a garantir a unidade do ordenamento jurídico, implica também na atribuição de um papel residual ao código civil e na necessidade de uma reflexão sobre problemas centrais

²⁵ ARBOLEYA, op. cit., p. 509.

²⁶ Idem, p. 452.

²⁷ IRTI, Decodificazione. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Sezione Civile, V.Torino: UTET, 1990, p. 142.

²⁸ Idem, p. 148.

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 da sistemática, 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 mais o tempo das teorias gerais e das grandes construções, mas a época de superação da *generalidade* e da *sistematicidade* 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.²⁹

6. Conclusões. Perspectivas do direito civil brasileiro

Revisitado o direito civil no seu processo histórico cultural, nele compreendida a experiência jurídica brasileira, a que conclusões podemos chegar a respeito das mudanças que neste século se têm verificado, por força dos desafios da sociedade pós-moderna, um verdadeiro rito de passagem para o terceiro milênio?

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

²⁹ IRTI, Diritto civile. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*, VI, p. 143.

vida e no contrato, com referência à atividade livre dos indivíduos.³⁰ Surge, então, o direito civil como aquele setor da experiência jurídica que privilegia a chamada autonomia privada, poder jurídico que os particulares têm de dispor de 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 a racionalidade, 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 jus-racionalismo uma das filosofias básicas do direito privado ocidental. Do jus-racionalismo surge a idéia do direito como sistema, considerado este, em princípio, como um conjunto unitário e coerente de conceitos e proposições jurídicas, articuladas de modo axiomático e 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, adotando concepções do Código francês e a técnica do Código alemão. Do ponto de vista ideológico, era a 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 brasileira.

Qual o sentido da evolução do direito civil brasileiro neste século e como se apresenta hoje, às 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 e sociológico 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.

Grande contribuição do racionalismo ao 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 adotou a sistemática externa, de modo quase igual.

As transformações da sociedade civil brasileira no curso deste século, co-envolva no processo da 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.

Do ponto de vista material, verifica-se uma crítica à racionalidade técnico-intelectual do 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, que é a principal filosofia do direito da modernidade.

Paralelamente a essa crítica à racionalidade instrumental e ao conceito de sistema, principalmente o fechado, axiomático-dedutivo, verifica-se a desagregação do sistema

³⁰ NICOLÒ, op. cit., p. 907.

unitário do direito civil tradicional, que se fragmenta em microssistemas, cada um com individualidade e especificidade, autonomia e interpretação 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 de 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 novos microssistemas.

Do 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.³¹

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 metodológica". 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 na da pessoa e dos seus interesses inalienáveis.

O direito civil brasileiro, à 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 sistematicidade. O processo de mudança é fértil, com a proliferação legislativa, que, se por um lado representa o casuísmo jurídico, 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*,³² nas suas carências e nos anseios de realização dos seus valores supremos, a liberdade, a justiça e o bem comum.

³¹ LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, p. 80.

³² IRTI, op. cit., p. 147.