

A IDADE DOS CÓDIGOS

Gerson Luiz Carlos Branco

*Mestrando em Direito pela UFRGS e
Professor de Direito na UNIJUI*

Em quase todas as Faculdades de Direito do país o professor da disciplina de Direito Civil, Parte Geral, faz a observação inicial da data de publicação de nosso Código Civil (1916). Explica, além da antiguidade do Código, a existência de vários projetos de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional há muitos anos.

Podemos a partir daí lançar alguns questionamentos iniciais: é mesmo velho nosso código? Precisamos de um novo Código? Qual a função de um novo Código?

Entendemos que, para responder tais perguntas, precisamos retornar no tempo e entender o fenômeno da codificação, que remonta aos tempos da Revolução Francesa, momento em que surge o Código como nós o conhecemos.

A Burguesia ao assumir o poder tem como primeira providência efetivar seu projeto político liberal, fundado em dois pontos básicos: a Propriedade como Direito individual absoluto, condição para a livre circulação e disposição de mercadorias e a afirmação de que os particulares são os que conhecem melhor seus interesses, outorgando poder de Lei à vontade.

É a tentativa de construção de uma esfera privada burguesa. A uma esfera pública é destinado o papel de ser princípio organizativo dos Estados, tendo como pressuposto um mercado liberado de relações entre pessoas.

A esfera privada competia às relações de mercado com Leis próprias, reduzindo as relações entre pessoas a contratos privados, compreendida enquanto crença de que "a lei da oferta e da procura responde aos interesses da sociedade".¹

Somente em 1896, com vigência a partir de 1900, é que surge o Código Civil Alemão (BGB), segundo grande marco das codificações modernas, tecnicamente mais aperfeiçoado, expressando bem o modelo social adotado na época de sua publicação. Era porém, "o filho tardio do liberalismo"⁴, dirigindo-se aos burgueses e industriais. Porém, o alto grau de abstração de seus parágrafos (Artigos) e uma rede de Cláusulas Gerais vão garantir que sua rigidez seja relativizada por uma inflexão ética que posteriormente iria ocorrer pela insuficiência dos sistema fechados. As Cláusulas Gerais, inclusive, vão permitir a sobrevivência do BGB ao próprio nacional-socialismo de Adolf Hitler.

Tanto o Código Napoleônico e o BGB, assim como os códigos que os seguiram (e entre eles está o CC. brasileiro, de influência pandectística), foram o Direito durante a existência de um Estado pseudo-liberal sobrevivendo. A partir do momento em que começam as grandes crises econômico-sociais na Europa, com marco na 1ª Guerra Mundial e Revolução Russa, o Estado não mais pode manter-se alheio ao que ocorria na esfera privada.

A Lei invade o campo da Ideologia Liberal, reservada às decisões privadas, substituindo a premissa de que o contrato tem força de lei entre as partes pela de que "a lei tem força de contrato entre as partes"⁵.

Os três Deuses do século XIX, "Razão, Constituição e Lei"⁶ vão ser colocados em xeque pelo nascimento do fim da unidade da Razão como verdade absoluta, pelo nascimento do Estado social e socialista, com a Revolução Russa, Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar, com listas de Direito Social e Político, e o surgimento da Lei não mais como garantia de igualdade formal, mas como instrumento de governo.

O Estado, sob pressão dos movimentos dos trabalhadores e pelo perigo da ideologia comunista, personificada na União Soviética, intervém no Direito Privado para proteger os pólos mais fracos nas relações jurídicas patrimoniais, com limitações à autonomia da vontade e absoluto poder de livre disposição da propriedade, ocorrendo primeiro nas relações de trabalho assalariado, e depois nas relações familiares, de bens e serviços.

Estes elementos levam à crítica ao Positivismo Jurídico, que antes possuía plena aceitação, rompendo a unidade do sistema pelo seu principal ponto: as fontes do Direito.

Para o Positivismo nascido junto com a codificação, a única fonte do Direito é a Lei. Com a insuficiência de Lei, a noção de interesse e valor desenvolvidos pela "Jurisprudência dos Interesses" de Ihering, Gany Heck, e "Jurisprudên-

Para garantir esta esfera privada com segurança jurídica, que significava previsibilidade, surge a codificação, como garantia de intercâmbio de bens "livres de encargos corporativistas e governamentais".²

Nasce com a codificação, notadamente com o Código de Napoleão, a idéia burguesa de Direito Privado: um sistema normativo sem lacunas e legitimado pela opinião pública com o fim do poder do Estado sobre o mercado.

Os códigos nascentes no século XIX, quase todos sob influência do Código de Napoleão, vão representar o fechamento do sistema, que antes convivía abertamente com a pluralidade do Direito Comum do teatro feudal, com a unidade e totalidade, numa sociedade unitária e formalmente igualitária.

O sistema é tão fechado que ao juiz somente é cabível a aplicação da Lei (que é entendida no sentido russeano de Vontade Geral) e aos professores de Direito só é possível ensinar o Código, que é sinónimo de Direito.

Este sistema fechado é construído na pretensão de Universalidade, numa perspectiva intemporal de importância vital para a sobrevivência do projeto revolucionário. Tal era a importância do Código, que Napoleão assim disse:

"Minha verdadeira glória não é a de ter vencido quarenta batalhas, pois basta Waterloo para apagar a lembrança de tantas vitórias. Aquilo que nada conseguirá apagar, que viverá eternamente será o meu Código Civil".³

Nasce a Escola de Exegese, que fazia do Código Civil a única fonte de Direito.

No mesmo período, na Alemanha, Savigny, representante máximo da Escola Histórica, edita *A tendência de nosso século para a legislação*, opondo-se à idéia da codificação, tendo em vista, principalmente, o atraso econômico alemão, que ainda não possuía uma burguesia forte que conduzisse o processo de mudanças, convivendo os vários Estados alemães sob a idéia de um Império Alemão, já desintegrado. A pandectística, com a *Jurisprudência dos Conceitos*, fará a vez do Código, com um sistema externamente aberto (por não se fundar na lei, fonte oficial de Direito), mas internamente fechado, através da construção conceitual, racional e abstrata de regras genéricas, das quais pelo método lógico-dedutivo realizar-se-ia subsunção, da mesma forma como ocorria nos países codificados.

cia dos Valores" (Radbrunch, Esser, etc., bem como a Escola do Direito Livre — fundada no pensamento de Schopenhauer, Nietzsche, Ehrlich, Kantorowicz), deu-se com mais ênfase a decisão judicial como fonte de Direito, bem como elementos provindos da sociologia, da filosofia e da própria realidade social, levando à conclusão de que um Código não esgota o corpo do Direito, que se manifesta por princípios, máximas, usos na interpretação judicial e doutrinária.⁶

É a crise das Fontes do Direito que leva ao degradingar do positivismo enquanto postura totalizante, unitária e ordenada, com base exclusiva na Lei.

Além do problema das fontes, que perdura até os dias de hoje, outro elemento começa, doutra banda, a inviabilizar a supremacia dos Códigos: são as leis extravagantes.

A partir da 1ª Guerra, mas com vigor a partir da 2ª Guerra no mundo, e no Brasil com a manifestação após o governo Getúlio Vargas, que abandonou o liberalismo econômico, multiplicam-se as leis extravagantes, principalmente dirigidas à família, arrendamento, edificação, economia, direito do trabalho.

Estas leis, que num primeiro momento podem ser entendidas como complementação do Código Civil, possuem uma lógica e unidade próprias, rompendo a unidade do Sistema de Direito Privado, sendo desmembrados deste em vista de atender às necessidades sociais mutantes, em contradição com a estática do Código. Começam a ser construídos micro-sistemas, diferentemente daquelas leis publicadas até a 1ª Guerra, em que o centro da unidade era garantido pelo Código com seus valores liberais burgueses: "O Código Civil era o centro gravitacional das normas especiais".⁷

De certa forma será a instrumentalização do Direito para intervenção do Estado na produção, modificando as fontes do Direito Privado e institutos fundamentais, como a propriedade, a família, e também o começo da atuação de determinados grupos intermediários no Direito Privado (sindicatos, associação de consumidores, etc.).

Os exemplos máximos da quebra da unidade que possuímos na realidade jurídica nacional são o Estatuto da Mulher Casada, a CLT, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Águas, o Estatuto da Terra, o Código do Consumidor, bem como muitos outros, o que levou a ser o Direito Civil do Código Civil aplicado somente quando uma lei especial não regular a matéria.

Outro efeito da quebra da unidade do sistema foi a passagem para a Constituição de tratos dos institutos mais importantes do Direito Privado, como por

exemplo a família e a propriedade. A respeito disso poder-se-ia dizer que estes institutos foram publicizados, mas de fato o que ocorre é que o mundo dos Códigos "foi" o de segurança dos valores do liberalismo, da não intervenção na esfera da propriedade e do contrato, realidades que desapareceram. Hoje é a Constituição que dá essa segurança, mas ela efetivamente não é liberal. Além disso, a noção de privado precisa ser reconstruída: não nos é mais suficiente aquela idéia de esfera privada burguesa do início do século XIX. Uma esfera privada deve ser elaborada a partir das relações dos indivíduos no seu grupo, pertencentes às suas coletividades e grupos sociais maiores, não somente de proprietários, mas também de não proprietários.

A construção desta nova esfera privada pode ser elemento essencial para a construção de um novo Estado, que atenda aos desejos das classes oprimidas da sociedade capitalista, sem que sejam violados direitos individuais e esquecido o rico papel que as relações intersubjetivas possuem para a construção de uma sociedade libertária (como o foi nas experiências socialistas até hoje), em oposição a uma sociedade de classes.

O ponto de partida será, a nosso ver, o resgate de uma nova idéia de Direito Privado, que deve esquecer a construção de um novo Código Civil fechado, sem lacunas e unitário, relegando ao nosso atual Código o papel que já tem, de ser Direito residual, a reger unicamente os casos não regulados nas leis especiais.

O Código Civil, em outras palavras, é um estatuto que foi criado pela burguesia para garantir que a segurança jurídica tivesse um conteúdo igualável à verdade e de caráter imutável. Os direitos atinentes aos homens em geral ficam na Constituição, que é carta política e que terá os "Bill of Rights". A luta pela unidade do sistema, tal como concebido, é a luta pela reserva e garantia de autonomia para os proprietários, escondida atrás do discurso da racionalidade e da verdade aética.

A unidade, com o fim do Código Civil como sistema unitário, não se perde, pois os institutos, as garantias, passam para outro lugar, que é a Constituição, permeável politicamente, com possibilidade de regulação e controle mais aderente à realidade social e aos próprios anseios da sociedade.

Assim, a título de conclusão, podemos referir que o ensino do Direito Privado deve abandonar o dogma do Código como construção totalizante e linha única de estudo, dando ênfase (conjuntamente com o CC.) às áreas do Direito

Privado reguladas com vista aos grupos sociais distintos, como por exemplo o Direito de menores, do inquilinato, do Consumidor, interpenetrados profundamente pelo Direito Constitucional.

NOTAS

- ¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva Estrutural e Funcional. In: *Revisita de Direito Civil*, n.46, p.14.
- ² HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. 1.ed., Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984. p.95.
- ³ RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo : Revista dos Tribunais. p.80.
- ⁴ GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mario*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p.162.
- ⁵ IRTI, Natalino. *L'età Della Decodificazionone*. 1.ed., Roma : Ed. Giuffrè, 1979. p.23.
- ⁶ MUKAI, Toshio. A dogmática contemporânea e o problema da sistematização da Ciência Jurídica. In: *Revista de Direito Civil*, n.35, p.72-81.
- ⁷ IRTI, N. Op. cit., p.66.