

“DESCODIFICAÇÃO”, CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPRIVATIZAÇÃO O NO DIREITO PRIVADO: O CÓDIGO CIVIL AINDA É ÚTIL?¹

Luciano Benetti Timm



INTRODUÇÃO

Pode-se atribuir a concepção do fenômeno da *descodificação*² a Natalino Irti, que difundiu o termo quando publicou seu artigo intitulado *L'età della decodificazione*, em 1978, demonstrando que o modelo de Estado pós Segunda Guerra Mundial — chamado de Estado Social — transformou a legislação européia, promovendo uma verdadeira fuga do Código Civil italiano (de 1942) em direção ao eixo principiológico e valorativo da Constituição daquele país (a chamada constitucionalização do Direito Civil). Posteriormente, diversos outros civilistas italianos se manifestaram sobre o tema, em sua maioria admitindo a orientação de Irti, mas com menos radicalidade; ele próprio chegou a escrever diversas vezes sobre o assunto, sempre revendo alguma questão em relação ao texto original antes

¹ Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Privado, RT, (São Paulo). , v.27, p.223 - 251, 2006.

² “Descodificação” é um neologismo de *decodificazione*, expressão italiana criada por Natalino Irti, citado abaixo. A tradução literal seria decodificação, mas entendemos que a expressão descodificação represente melhor o sentido empregado por Irti de fuga dos códigos e não de decodificação de alguma mensagem.

mencionado. Com outro ponto de vista, já não contrário à codificação, Rodolfo Sacco, publicou seu *Codificare: modo superato de legiferare?* (1983). Textos estes que, alguns anos depois, vieram a se repercutir no pensamento dos demais juristas europeus, a julgar pelos artigos posteriormente lançados pelas doutrinas portuguesa e espanhola.

Com efeito, João de Matos Antunes Varela, jurista português, publicou seu *Movimento de descodificação do Direito Civil*, em 1984, profundamente influenciado pelas idéias de Irti. E o espanhol Agustín Motilla, com seu *La codificación como técnica de producción legislativa*, mostra inspiração em ambos italianos acima referidos. No Brasil, só em 1984, encontra-se o assunto tratado na doutrina, por Orlando Gomes, com o enfoque proposto por Irti; e, em 1992, quando Osmar Brina Corrêa Lima comentou o texto de Varela. O Professor Clóvis do Couto e Silva abordou o assunto em *O Direito Civil em perspectiva histórica*, mas sob o enfoque de Arthur Steinwerter³, preferindo chamar o fenômeno em tela de *descentralização jurídica*, ao invés de *descodificação*.

A essa apontada diferença terminológica, isto é, *descodificação* “versus” *descentralização*, subjaz uma grande diversidade na concepção do que se deva entender por código modernamente, qual o seu atual papel e qual será a sua atribuição no futuro. A opção pela terminologia *descentralização* induz à idéia de que o Código Civil mantém seu espaço de importância como eixo do Direito Privado em diversos aspectos, como será visto ao longo do artigo. Esse posicionamento é particularmente relevante quando se examina aquilo que diversos civilistas mais contemporaneamente têm falado a respeito da “constitucionalização” do Direito Civil.⁴

³STEINWERT, Arthur. *Kritik am Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch — einst und jetzt*. In: RECHT; KULTUR. *Aufsätze und Vorträge eines Oesterreichischen Rechtshistorikers*. [S. l.]: Graz-Koeln, 1958, p. 57-64.

⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil*

Convém ressaltar que o Irti atual não é mais aquele do *L'età della decodificazione*. Quase 30 anos se passaram de lá para cá: a sociedade mudou, o Estado mudou. Com efeito, contemporaneamente, é o modelo do Welfare State que é colocado em xeque, diante da falência do Estado Social frente aos fenômenos da globalização, das privatizações, das crises orçamentárias dos governos, da “internet”, que deu origem a programas de reforma do Estado, inclusive no Brasil.⁵

Nesse sentido, como Irti, em 1978, parte de algumas constatações a respeito da atividade do Estado e da sociedade civil da época, é preciso que se diga que a história, como processo, se transforma no tempo e o que fora dito para uma realidade social naquele referido ano, quando Irti publicou seu artigo, não é necessariamente válido para a realidade atual. Pelo contrário, a organização política que se tem hoje não é a de um Estado interventor do pós-guerra, descrito pelo mencionado autor, mas a de um Estado privatizado e meramente regulador, resultado, talvez, de uma grande recessão mundial aliada à globalização da economia e à alta competitividade entre países. Tal concepção é corroborada pelo próprio Irti, que, em artigo mais recente, denominado *I cinquant'anni del codice civile*, datado de 1992, se afasta um pouco daquele pessimismo descodificador do *L'età della decodificazione*.

A importância dessa reflexão, como dito, está associada à recente entrada em vigor do Novo Código Civil (2003). É

Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; MARTINS COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ Ver os excelentes ensaios de PEREIRA, L. C. Bresser. A reforma do Estado nos anos 90, In: SALVO, Mauro; PORTO JR., Sabino (Org.). *Uma nova relação entre Estado, Sociedade e Economia*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 82 e seg.; e FRANCO, Gustavo. O novo modelo brasileiro em perspectiva. In: SALVO, Mauro; PORTO JR., Sabino (Org.). *Uma nova relação entre Estado, Sociedade e Economia*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 13 e seg.

importante perquirir da importância dessa obra legislativa como reorganizadora e ressystematizadora do Direito Privado; ou mesmo se o Código Civil permanece, genericamente falando, como se defenderá, como eixo do Direito Privado em diversos aspectos não tratados e regulados suficientemente pela Constituição. É também preciso saber até que ponto ele servirá à reinterpretção de leis e de microssistemas legislativos, como diversos juristas vêm defendendo em relação à Lei dos Direitos Autorais, à Lei de Propriedade Industrial, à Lei de Recuperação Judicial das Empresas. Outro ponto a ser visto no futuro é o da discussão sobre até que ponto esse Código Civil em vigor desde 2003 já não estaria desatualizado nos novos tempos de globalização econômica.

Dito isso, na seção 2, abordar-se-á o fenômeno *descodificatório* da forma proposta por Irti em *L'età delle decodificazione*, para, na seção 3, tratar da concepção mais moderna e de acordo com o nosso sistema jurídico, que é a da Recodificação, que acaba por recuperar a significação do Código Civil para o Direito Privado, sem renunciar à complexidade social contemporânea —, a qual o próprio Irti parece defender para a atualidade. Em uma seção preliminar, será examinada a concepção de Código Civil que se adotará no presente artigo.

1 – O QUE É UM CÓDIGO CIVIL?

Em respeito ao método, deve-se fazer uma precisão conceitual do que se entende por código neste artigo, pois é a partir de um entendimento sobre o que é e o que foi a codificação e quais são e quais foram as suas características básicas que se pode, então, discutir a *descodificação* e a descentralização do Direito Privado.

Etimologicamente, o termo código provém de *codex*, cuja

significação histórica nada mais é do que um livro de leis⁶.

Foram vários os *codex* publicados no Baixo Império Romano: Codex Gregorianus, Hermogenianus e o Codex Theodosianus. O último livro chamado de Codex antes do século XVI foi o Codex Iustinianus. Em 1547, publicou-se o Codex Statutorum, uma recolha de leis da cidade italiana de Alexandria, seguido do Code Henri III, no mesmo século, e do Code Henri IV, já no século XVII. Mas é no século XVIII que se generalizou o emprego da palavra *codex*⁷.

Todavia, quando se fala em codificação, não são dessas compilações de leis que se está a referir. Mas, sim, daquele fenómeno surgido em fins do século XVIII, originado da Escola Racionalista do Direito Natural e do Iluminismo, na França, e da pandectística, na Alemanha, já no século XIX.

Os códigos modernos diferenciam-se em dois pontos daquelas antigas compilações: no substrato ideológico e no modo de formalização do Direito. Novas correntes de pensamento, altamente significativas no século XVIII, provocaram uma radical mudança nos valores sociais e políticos adotados pelos novos códigos e constituíram-se no pressuposto ideológico da codificação. Por outro lado, esta não se resume a colher o material legislativo a seu tempo e sistematizá-lo, mas preocupa-se com novas formulações legais, mais genéricas e abstratas, buscando sempre maior clareza e

⁶ MOTILLA, Agustín. La codificación como técnica de producción legislativa. *Revista de Derecho Privado*, v. 1, p. 545 e seg.; 1987. Ver a nota nº 01, na p. 545, onde o autor descreve a evolução do termo *codex* até o sentido que é empregado neste texto. Segundo o autor, a origem de *codex* está em *caudex*, isto é, *tronco da árvore*, isso porque, em época antiga, a madeira servia como material de escrita, até mesmo quando se adotou a forma editorial de se unirem as madeiras (como se um livro moderno fosse). Após, passou-se ao uso do pergaminho ao invés da madeira no séc. I a.C. Já no séc. III d.C., *codex* desprede-se de sua significação material e passa a designar simplesmente livro. Mas, como o uso do então *codex* se vulgarizou no sentido de publicação de constituições imperiais romanas, como também no de edição de obras clássicas da jurisprudência, chegou-se ao seu sentido histórico que lhe é modernamente atribuído, de conjunto de leis.

⁷MOTILLA, op. cit., p. 545-546.

precisão na enunciação dos preceitos, sistematizados sob o dogma da unidade e da completude do código⁸.

É possível apontar três características básicas da codificação moderna⁹, numa concepção que se poderia dizer clássica, frente às teorias mais modernas dos sistemas defendidas pelos juristas alemães¹⁰:

- a) *simplificação do sistema jurídico* - com a nova concepção de formulação legislativa — genérica, abstrata —, diminui-se o número de disposições legais, que, além da redução, ficam também mais claras e precisas; além da própria redução do fenômeno jurídico, que fica restrito à lei, e, mais precisamente, ao Código; sempre na busca de segurança jurídica;
- b) *racionalização do sistema jurídico* - o sistema jurídico é visto como ordenação lógica dos preceitos enunciados nos códigos que se ligam entre si por derivações provenientes da mesma lógica;
- c) *tendência à exaustividade na regulação de um âmbito*

⁸MOTILLA, op. cit., p. 546. Segundo Motilla, “[...] o processo codificador significa um intento de racionalização e tecnificação da atividade legislativa [...]”.

⁹MOTILLA, op. cit., p. 547 e seg. Contrário a esse entendimento está Orlando Gomes (A caminho dos micro-sistemas. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160 e seg. A opinião do Professor Gomes é a de que essas características técnicas da codificação enumeradas pela doutrina apenas escondem o fundamento ideológico do código, qual seja, de instrumento dos valores da classe burguesa. Essa opinião parece, todavia, simplista demais, reduzindo toda a evolução da ciência jurídica medieval, que culminou nos códigos, em mera ideologia burguesa. O que se pode dizer com certo grau de certeza, com Dewey, é que as doutrinas que se preocupam com o homem — dentre elas, a Filosofia, a Sociologia e o Direito — “[...] não podem se desenvolver au-delà dos fatos que pretende interpretar; são amplificações de fatores selecionados dentre estes fatos” (DEWEY, John. *The public and its problems*. Ohio: Swallow Press, Ohio University Press, [s. d.].

¹⁰Dentre eles, ver: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; e ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

ou setor jurídico - todos os conflitos sociais devem achar resposta no código, que regula exaustivamente a matéria que tem como objeto, sem qualquer lacuna; tem *eficácia onicompreensiva*¹¹.

Portanto, numa acepção clássica, pode-se dizer que uma área do ordenamento jurídico se encontra codificada quando suas respectivas regras estão previstas em textos normativos unitários e sistematizados, cujas normas se expressam em fórmulas abstratas e gerais e pretendem se constituir na única fonte jurídica sobre a matéria por ela regulada¹².

Presente num código, portanto, a idéia de sistema¹³ — ordem e unidade¹⁴ —, e, numa concepção mais antiga, ainda a idéia de completude¹⁵ — falta de lacunas dentro do sistema legal¹⁶. Isto é, constituindo “[...] uma totalidade expressa em

¹¹MOTILLA, op. cit., p. 547.

¹²MOTILLA, op. cit., p. 545.

¹³Sistema aqui entendido na acepção que lhe é empregada por David, isto é, deduzida a partir do método do Direito Comparado, a partir dos ordenamentos jurídicos nacionais, e como possuindo similares fontes, estrutura, conceitos, interpretação, etc. (ver *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993).

¹⁴Segundo Claus Wilhelm Canaris, ordem e unidade estão em estreita relação de intercâmbio, mas podem separar-se. “Ordenação é a expressão de um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Unidade é um fator que modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Mais singela é a concepção de Francisco Amaral: “[...] ordem, no sentido de compatibilidade lógica de seus elementos, e unidade, no sentido de referência a um ponto central” (AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro*. RDC 63/48)

¹⁵Menciona Francisco Amaral (Idem): “[...] 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 de dedutibilidade lógica.”

¹⁶Sobre um ordenamento jurídico caracterizado pela unidade, ordem (coerência) e completude, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de

um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas *unidade imanente perfeita e acabada*, que se autoreferencia de modo absoluto”¹⁷.

Mas a idéia de sistema concebida pela ciência jurídica evoluiu. Atualmente, sob a influência da doutrina problemática de Viehweg^{18, 19}, não mais se exige da ordem jurídica sua completude, nem se admite o sistema como exclusivamente lógico-dedutivo, mas, antes, como sistema axiológico ou teleológico, caracterizado por princípios gerais representantes dos valores mais importantes da ordem jurídica^{20, 21}. Ou seja, “[...] o Direito pode ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas relativa, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando *permanente discussão de problemas concretos*, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, onde a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Unb, Polis, 1990.

¹⁷MARTINS COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. RT 680/47; que reenvia à FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado como uma geschossenheit: o direito privado como sistema aberto*, Porto Alegre: [s. n.], 1988.

¹⁸VIEHWEG, Theodor. *Topica e jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madris: Taurus, 1964.

¹⁹Refere Francisco Amaral (op. cit., p. 48), que “Viehweg não só condena a dogmática jurídica de natureza lógico-dedutiva, como nega cientificidade à jurisprudência em geral, considerando-a destituída de unidade sistemática. 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”.

²⁰CANARIS, op. cit, p. 66.

²¹Menciona Francisco Amaral (op. cit., p. 49) que “[...] 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 teleológica de princípios gerais, uma entidade aberta e dinâmica que continuamente se enriquece e constitui”.

Direito”²².

Na verdade, o próprio Direito Romano caracterizava-se por um pensamento *tópico* ou *problemático*²³, isto é, não partia de soluções pré-prontas, nem de deduções puramente lógicas com base em axiomas, mas era “[...] um pensamento dirigido rumo ao problema”²⁴, um pensamento que se aproxima dos sofistas e dos retóricos. “O problema atua como guia”²⁵ do pensamento. Isto porque todo *problema objetivo e concreto*, dentre eles o jurídico, *provoca um jogo de suscitações* que pode ser chamado de tópico e que significa a arte de medir os prós e os contras de uma questão, ou seja, “[...] ter presente as razões que recomendam ou que desaconselham determinado passo”²⁶.

O mesmo pensamento problemático esteve presente na Idade Média, na gênese do sistema jurídico romano-germânico, quando, a partir da verdadeira *redescoberta*²⁷ dos textos justinianeus, nos séculos XII e XIII, os juristas formados nas universidades, principalmente italianas, passaram a interpretar aquela compilação romana. Aliás, durante toda a Idade Média e até o século XVI, a situação ocupada pelo Direito Romano na Europa Central e Ocidental, de uma maneira geral, foi privilegiada, seja como Direito supranacional, seja como Direito comum aplicável subsidiariamente²⁸. E, embora a principal fonte do Direito Romano fosse o *Corpus Iuris Civilis* justinianeu, o mesmo foi objeto de diversas glosas e

²²MARTINS COSTA, op. cit., p 47-48.

²³Franz Wieacker, na nota 61 de seu livro *História do direito privado moderno*. (Tradução de Antônio M. B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.]) diz: “Pois a jurisprudência (clássica) romana, não obstante uma análise completa da problemática concreta, não visa construir um edifício doutrinário harmônico, reprovado mesmo pela autoridade pessoal dos juristas”.

²⁴VIEHWEG, Theodor. *Topica e jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964, p. 49.

²⁵VIEHWEG, op. cit., p. 50.

²⁶VIEHWEG, op. cit., p. 50.

²⁷MARTINS COSTA, op. cit., p. 48.

²⁸MOTILLA, op. cit., p. 548.

comentários dos professores universitários, pelo que se pode afirmar que o Direito Romano aplicado na Idade Média não era o mesmo da Roma Antiga, visto que o mesmo fora adequado à realidade medieval pelos professores²⁹. Inclusive pode-se dizer que *o Direito medieval foi um Direito de juristas*, porque, embora se partisse de uma consolidação legal, o importante mesmo eram as glosas efetuadas pelos juristas.

O método empregado por esses comentadores era dialético, e sua ciência chamada de “mos italicus”³⁰, constituindo-se uma verdadeira *gramática jurídica*³¹. Todavia esses glosadores se preocuparam muito mais com uma construção teórica do que com sua aplicação prática, a qual foi realizada pelos chamados *pós-glosadores ou consiliadores*³², os quais lhe seguiram historicamente. Era um sistema jurídico de feição nitidamente aberta³³, ou seja, permeado por fatores metajurídicos e sob a influência de diversos textos jurídicos, onde a interpretação alcançou um papel fundamental.³⁴

Contra esse método, surgiu, no século XVI, o “mos gallicum”³⁵, com fortes raízes no humanismo, cuja principal bandeira era a de oposição às interpretações aos textos romanos feitas pelos glosadores, caracterizadas pelo “*anor intellectualis*” pela antiguidade e de uma visão idealista de Platão, pregando-

²⁹Para um maior aprofundamento do Direito Medieval, ver: WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Tradução de Antônio M. B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.].

³⁰MOTILLA, op. cit., p. 548.

³¹WIEACKER, op. cit., p. 78. O autor refere que “[...] através de uma exegese, da harmonização, da construção de regras, constitui-se um edifício doutrinal de princípios harmônicos, talvez a primeira dogmática jurídica da história jurídica universal” (op. cit., p. 53).

³²WIEACKER, op. cit., p. 78 e seg.

³³MARTINS COSTA, op. cit., p. 48.

³⁴Menezes Cordeiro, na introdução do livro que traduziu de Canaris, acima citado, refere que “A ciência jurídica europeia nasceu com a primeira recepção do Direito Romano, levada a cabo nas Universidades medievais, a partir do séc. XII. Glosas e comentários permitiram a sua implantação numa sociedade muito diferente daquela para que ele fora, no início, pensado” (p. LXXIV).

³⁵MOTILLA, op. cit., p. 548.

se uma volta à antiguidade³⁶. Método este que não afastou o “mos italicus” da prática dos tribunais, nem de diversas universidades tradicionais.

O sistema jurídico medieval, aberto num primeiro momento, foi se fechando, dada a necessidade de segurança e certeza³⁷, ante a diversidade de opiniões emitidas, sobre questões jurídicas para os jurisconsultos da época³⁸. Na época moderna, a proliferação de opiniões e o abuso do método escolástico romperam a unidade na interpretação do Corpus Iuris. Além disso, um Direito local, costumeiro, inculto, originado das tribos bárbaras que dominavam a Europa Central medieval, e leis esparsas, caracterizadas pelo *particularismo* jurídico³⁹, proliferavam em total independência daquele Direito professoral dos glosadores⁴⁰.

Nesse sentido, desordem na jurisprudência e legislação serviram de ambiente favorável à codificação oitocentista. Mas faltava ainda o substrato ideológico sobre o qual se embasa uma revolução jurídica, que foi fornecido pela *Escola Racionalista do Direito Natural* e pelo Iluminismo⁴¹.

A *Escola Racionalista de Direito Natural*⁴² teve início no século XVII e consagrou-se no século XVIII, com personagens

³⁶WIEACKER, op. cit., p. 89-90.

³⁷MARTINS COSTA, op. cit., p. 48.

³⁸Como ilustração dessa situação de caos jurídico, há a interessante passagem, em texto escrito no século XVII, de Leibniz, um dos grandes defensores da codificação em seu tempo, traduzida por René Sève e publicada na *Archives de Philosophie*, n. 30, p. 360: “Se consultássemos uma dezena (de juristas) sobre o mesmo assunto, poderemos esperar talvez por uma dezena de respostas diferentes”.

³⁹Ou seja, segundo Motilla, parafraseando Tarello, “uma verdadeira falta de unidade e coerência no corpo legislativo” (op. cit., p. 549).

⁴⁰Sobre a ascensão e a queda do Direito costumeiro, principalmente na França medieval, ver: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de Antônio M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.].

⁴¹MOTILLA, op. cit., p. 549.

⁴²Para um aprofundamento sobre as teorias do Direito Natural, ver: GOYARD-FABRE, Simone. Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques. In: *Cahiers de philosophie politique e juridique*. [S. l.]: Centre de Publications de l'Université de Caen, n. 11, 1987, p. 7 e seg.

como Grocio, Hobbes, Pufendorf, Leibniz, Wolff e Kant. Defende os direitos inerentes à pessoa humana como exigência de sua natureza racional, que deverão ser respeitados pelo Estado; idéia que veio posteriormente a ser sustentada pelo constitucionalismo e pela codificação moderna. Mas foi sua aproximação com a geometria — por isso chamados “*mos geometricus*” —, que mais influenciou o fenômeno codificatório, por sua busca de precisão e clareza, com grande reflexo na técnica jurídica e na sistemática dos estatutos legais.⁴³

E o Iluminismo⁴⁴ teve duas grandes contribuições para o Direito: a primeira, a sua preocupação com a afirmação de direitos naturais do homem; a segunda, o predomínio da lei como fonte do Direito sobre as demais; a lei como garantia de certeza do Direito, afastando-se as possíveis arbitrariedades; leis que deveriam ser *poucas, claras e precisas*.⁴⁵ Conseqüência disso era uma rígida submissão do juiz às leis, as quais não admitiam exceção.⁴⁶

No plano político, a codificação identifica-se com a formação dos Estados nacionais modernos⁴⁷. No século XVI, quando o poder em França já estava bem centralizado, é claramente perceptível que a lei, como fonte de Direito, supera

⁴³Diz Martins Costa (op. cit., p. 48): “Na base dos códigos está, como sabemos, o pensamento jusracionalista pelo qual o Direito é visto e formulado como um sistema fechado de verdades da razão, derivando do conhecimento de verdades filosóficas, um sistema de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-matemática, a qual parte de regras gerais, deduzidas pelo raciocínio”.

⁴⁴Que foi, antes de tudo, *uma tendência, uma mentalidade, um espírito* que vigeu na Europa do século XVIII principalmente; conforme Motilla (op. cit., p. 552).

⁴⁵MOTILLA, op. cit., p. 553.

⁴⁶Sobre a abertura do sistema e a criação de um Direito jurisprudencial a partir dos parágrafos 242 e 138 do BGB, ver: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e no direito português. In: *Estudos de Direito Civil brasileiro e português*, RT, 1980.

⁴⁷Sobre a formação do Estado Absolutista, ver o Capítulo I de: ANDERSON, Perry *Lineages of the absolutist state*. London: Verso Editions, 1979.

os costumes,⁴⁸ até então prevalentes. Ou seja, desde a queda do Império Romano do Ocidente, a Europa Central foi ocupada por tribos bárbaras, que praticaram um Direito meramente costumeiro e local.

Quanto à codificação propriamente dita⁴⁹, pode-se precisar duas espécies de sistematização. A primeira é a adotada pelo Code Civil Napoleônico (1804), e a segunda, pelo BGB alemão (1896).

Na verdade, o sistema interno⁵⁰ — lógica interior — sempre esteve presente no Direito, que pressupõe uma concatenação imanente, a fim de que possa tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, na medida da desigualdade. Só se pode falar de Direito, quando a solução dos conflitos de interesse se dê de modo previsível. O que faltava ao Direito Romano e ao Direito Medieval era uma ordem externa, ou seja, um sistema de comunicação e aprendizagem do jurídico, como fenômeno cultural que é.⁵¹ E isso é o que fará o Humanismo na França e a pandectística alemã⁵².

48. "Encarada sob o ângulo destas fontes do direito [costume e lei] a evolução geral do direito pode, pois, resumir-se a uma lenta progressão da lei, correspondente a um lento declínio do costume [...] Na época feudal, isto é, do séc. X ao XII, não há muitas leis [...] No séc. XVI se igualam [...] No séc. XIX, depois da revolução burguesa e por influência desta, o direito é estatal [...]" (GILISSEN, op. cit., p. 237).

49. Cordeiro (op. cit., p. LXXI) lembra que "O direito privado continental resulta de três recepções sucessivas do Direito Romano: a recepção das universidades medievais, a partir de Bolonha, a recepção humanista, com tônica em França, no séc. XVI e a recepção pandectística, na Alemanha do séc. XIX".

50. Há dois entendimentos para a contraposição entre sistema interno e externo. O primeiro advém da filosofia e é adotado por Canaris, aqui utilizado, no sentido de que sistema interno é a organização dos fatos mesmo no mundo, e sistema externo, a sua explicação pela ciência. E o segundo entendimento sobre sistema é dentro do próprio Direito, e as palavras em tela são empregadas em seu sentido gramatical, isto é, externo como exterior e interno como interior.

51. "[...] onde os estudiosos antes procuram fórmulas redutoras que permitam exprimir grandes categorias de casos, através da pesquisa e da ordenação do que, neles, haja de regular, de comum, ou de diferente, em função da diferença" (CORDEIRO, op. cit., p. LXV).

52. Eis aí a grande diferença entre compilação e codificação. A primeira implica uma conjunto de fontes, submetido a uma determinada ordenação; enquanto a codificação

Todavia sistemas interno e externo não são idéias opostas, mas que, ao contrário, se influenciam mutuamente.

A sistematização que levará a cabo o humanismo é meramente empírica e periférica: as matérias são organizadas em função de *similitude exterior* — *equivalência linguística, proximidades do objeto, etc.*⁵³. Sistemática esta de *contatos superficiais entre temas jurídicos*, que, ao entrar em contato com o discurso cartesiano, evoluiu. A partir de Descartes, toda ciência humana se fundamentaria em alguns poucos princípios apriorísticos abstraídos pela razão, dos quais se deduziriam as demais regras do sistema; portanto, uma sistemática central, afastados os dados histórico-culturais. Essa é a sistemática jurracionalista, a qual foi adotada no Code Civil (1804).

Enquanto isso, a pandectística, já no século XIX, introduziu uma nova hipótese de sistematização, que aceitava a natureza histórico-cultural do Direito, mas exigia um adequado sistema de exposição. Isso quer dizer que *o material recebido da história deveria ser reelaborado cientificamente, em função de pontos de vista unitários*. Constituindo-se, portanto, numa junção da sistemática periférica e da central anteriores⁵⁴, a qual foi empregada no BGB (1896).

Esse modelo de código civil foi duramente criticado no início do século XX pelos juristas sociólogos (Duguit, Salleilles, Josserand, etc), que fundaram, nas bases do solidarismo de Durkheim, uma nova forma de pensar o Direito, a partir de sua função social. Essa crítica não foi suficiente para erradicar o movimento codificatório, mas agregou novos elementos ao direito positivo.

No que diz respeito ao Brasil, o Código Civil Brasileiro de 1916 — típico código do século XIX dada sua estrutura e seus princípios —, redigido por Clovis Bevilacqua (Professor

impede uma sujeição das fontes ao pensamento sistemático (idem, p. LXXXV).

⁵³CORDEIRO, op cit., p. LXXVII.

⁵⁴Idem, p. LXX e seg.

da Escola do Recife), é uma mistura de influências da doutrina jurídica nacional do século, fundamentalmente de Teixeira de Freitas, com a codificação francesa e a ciência pandectista alemã. Antes disso, vigoraram no País as Ordenações Portuguesas, atualizadas pela dogmática civilista da época e pela Consolidação das Leis Civis de Freitas.⁵⁵

2 - O FENÔMENO *DESCODIFICATÓRIO* E DA *CONSTITUCIONALIZAÇÃO*

2.1 - ASPECTOS GERAIS DA *DESCODIFICAÇÃO*

Deve-se ressaltar, antes de tudo, que a concepção, principalmente, da doutrina italiana e, especificamente, a de Irti evoluem de um radicalismo acentuado quanto à *descodificação* a uma atenuação desse ímpeto e até mudanças de posicionamento. Por essa razão, utilizar-se-á, nos primeiros parágrafos, a concepção original de Irti, para, após, mencionar-se a modificação de entendimento.

Trata-se, segundo os defensores dessa concepção da *descodificação*, de uma tendência geral da evolução do Direito que tem origem no pós Segunda Guerra Mundial e consiste num movimento de fuga dos códigos, criando-se uma verdadeira *alergia ao sistema codificado*.⁵⁶ Aponta-se como expressão deste fenômeno a diversidade da legislação avulsa

⁵⁵ A respeito das influências no Código Civil de 1916, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista AJURIS*, n. 40, p. 130.

⁵⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Estudos. jurídicos. em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira* — O movimento de descodificação do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 499 e seg. Texto em que o mencionado jurista português traça um quadro comparativo da descodificação italiana com a portuguesa, valendo-se de conceitos já consagrados pela doutrina italiana, fazendo inclusive precisosas remissões às fontes.

surgida no pós-guerra, isto é, leis especiais que colocam por terra o espírito sistematizador e orgânico das grandes codificações oitocentistas, porque não guardam qualquer relação com os princípios gerais do Código. As quais são resultado de ativos *grupos intermediários*⁵⁷ que pressionam no sentido da formulação de leis particulares que lhes são favoráveis.

Todavia a conseqüência mais marcante desse movimento é justamente a constitucionalização de institutos que antes pertenciam ao Direito Civil. Assim, as constituições passaram a definir *os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do Direito*.⁵⁸ O que veio a contrariar toda a história do Direito Moderno, onde coube sempre ao Código Civil a definição dos institutos básicos aplicáveis aos outros ramos jurídicos.

Caracteriza-se a *era da descodificação*, portanto, pela perda da característica de centralidade no sistema de fontes pelo Código Civil. A Constituição é a salvaguarda do indivíduo. As leis especiais têm seus próprios princípios gerais. Há uma diversidade de institutos que *fogem da disciplina do Código Civil*. Grupos de indivíduos, cada vez mais, escapam à sua disciplina, fundando leis especiais, através de escusas negociatas com o Poder Público, para se reservarem privilégios não extensíveis às demais pessoas não pertencentes aquele determinado grupo. É o próprio Irti⁵⁹ quem diz não ser mais possível colocar o Código Civil como centro do sistema, mas que a lei nascida como excepcional e provisória se protrai no tempo e conquista *uma inesperada estabilidade*, em torno da

⁵⁷ O termo também é empregado por J. A. Varela (op. cit., p. 500). Situa os grupos intermediários entre o cidadão eleitor e o Estado, que se contrapõem às majestáticas comissões codificadoras.

⁵⁸ VARELA, op. cit., p. 501.

⁵⁹ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Diritto e Società*, n. 03-4, p. 613 e seg., 1978.

qual novas leis surgem, delineando um microssistema⁶⁰, um *pequeno mundo de normas* com seus próprios princípios gerais e lógica autônoma, os quais não se coadunam com a principiologia do Código, que, portanto, não pode mais ser Direito geral. Assim, a relação entre Código e leis esparsas não é mais de geral e especial, mas de residual e geral: ou seja, a lei especial é o geral, e o código é o residual⁶¹.

Irti chegou a prever inclusive a absorção dos *princípios amplíssimos* do Código Civil pelas leis especiais.⁶²

Portanto, a idéia de sistema seria *policêntrica*, ou seja, um corpo de leis especiais reguladoras de matérias específicas, sem qualquer relação uma com outra, tirando a sua unidade da rigidez constitucional e da capacidade das classes dominantes de evitarem particularismos e privilégios.

Nesse contexto, o declínio da codificação seria, antes de tudo, do Estado Moderno, que sucumbe frente às grandes corporações de pessoas.

O jurista J. M. F. Varela, inspirado por Irti, situa três períodos da recente evolução do Direito Civil rumo à *descodificação*.

O primeiro deles, o de apogeu da codificação, seria compreendido no interregno que se situa entre a publicação dos grandes Códigos, em especial, o Code Civil (1804), até o

⁶⁰A grande maioria dos autores de língua portuguesa insistem em escrever essa palavra separada por hífen, como se fosse idêntica à italiana “micro-sistemi”, mas não o é. Ver: CUNHA, Celso. *Gramática do português contemporâneo*. 9. edição. Rio de Janeiro: Padrão, [s. d.], p. 46 e seg.

⁶¹Refere Irti (op. cit., p. 636): “A relação entre código e lei, já descrita nos termos de geral e especial, converte-se naquela da disciplina geral e residual: onde geral é a lei externa e residual o código. O código civil, que por regular suportes fáticos mais amplos [...] e, por isso, teoricamente gerais, é reduzido, no concreto da experiência jurídica, a direito residual. Geral é verdadeiramente a lei, nascida como excepcional ou especial, que conquistou aos poucos maior amplitude de destinatários e obedece já uma lógica própria e autônoma”.

⁶²Irti (op. cit.) diz, poeticamente, que as disciplinas residuais constantes do Código seriam como ramos secos que, cedo ou tarde, cairão do seu velho tronco absorvidos pelas leis especiais.

começo da Primeira Guerra Mundial (1914-18), denominado de *apogeu da codificação*. A esse correspondia uma maior proeminência do Direito Civil e um maior estágio de desenvolvimento e erudição da doutrina civilista frente às demais ramificações do Direito. O Código Civil continha, além da disciplina básica das relações referentes à vida privada do indivíduo, a disciplina básica de toda a ordem jurídica. Nesse período, as poucas leis esparsas seguiam a esteira do Código, respeitando seus princípios fundamentais, ou, em medida sempre exígua, tímida e cautelosa, exceções à disciplina do Código.⁶³

Esse primeiro período é chamado por Irti⁶⁴ de *mondo da segurança* (“mondo della sicurezza”). Esse senso de segurança adviria da própria estrutura social vigente, caracterizada por uma classe dominante burguesa que colocava o indivíduo como centro das relações sociais; como alguém que corre riscos de sucesso ou insucesso, responsabilizando-se por seus atos. Nessa visão expansionista do indivíduo dentro do quadro social, como fonte de qualquer iniciativa, exige-se do Direito justamente a garantia dos valores dominantes e da plena atuação da liberdade de escolha individual, a qual será dirigida a um fim.⁶⁵ Todavia a segurança promovida pelo Direito não é a da obtenção do fim desejado (relegado ao livre sabor do mercado auto-regulador), mas de garantia das *regras do jogo*,⁶⁶ ou seja, as condições pelas quais cada um pode contar com um

⁶³Irti (op. cit.). Esse autor refere que, embora, nessa fase, se possa falar de leis excepcionais, que introduzem derrogações ao Código Civil, não se pode falar ainda de leis especiais, visto que estas, ao seu modo de entender, regulam institutos ignorados pelo sistema do Código, ou disciplinam de modo diverso particulares categorias de relações. Assim, a diferença básica entre a lei extraordinária e a especial seria a de que a primeira mantém o caráter de definitividade e completude do Código.

⁶⁴IRTI, op. cit. p. 614.

⁶⁵Irti (op. cit., p. 614) diz que resume essa época à idéia de vida como *escolha dos fins, ligada ao cálculo de conveniência e à incontrolável valoração do indivíduo*.

⁶⁶IRTI, op. cit., p. 614.

determinado comportamento alheio ou esperar um certo uso do poder coercitivo do Estado (previsibilidade do comportamento dos sujeitos privados e públicos).

Ora, nesse contexto de necessidade de segurança, são importantes a solidez e a rigidez do ordamento jurídico. Eis a base perfeita para o desenvolvimento da idéia do Código como um sistema fechado. Assim, somente será Direito a lei emanada do poder soberano do Estado⁶⁷. Importa ao código tutelar *a liberdade civil do indivíduo na sua vida privada contra as indevidas ingerências do poder político*.⁶⁸

Todavia essa moldura histórica supra descrita modificou-se radicalmente no pós-guerra, quando à imutabilidade do período anterior se seguiu a agitada *aceleração da história* — dando vida a uma fase intermediária rumo à descodificação aos olhos de Varela.⁶⁹ Com isso, quer-se dizer que, a partir da Primeira Guerra Mundial, o Estado não mais assistiu inerte o livre jogo de mercado, deixando a população pós-bélica sem amparo, mas passou a intervir na economia como propulsor do desenvolvimento econômico sobre uma realidade social inteiramente diversa da do século passado, haja vista as agruras trazidas pela guerra. Assim, grandes foram os problemas habitacionais do pós-guerra, que vieram a exigir uma nova disciplina das relações locatícias de imóveis urbanos. Graças a essa exigência, novas leis do inquilinato foram promulgadas à distância dos códigos, violando inclusive princípios basilares

⁶⁷Irti (op. cit., p. 615) assim se pronuncia: “O mundo da segurança é, portanto, o mundo dos códigos, que traduzem, em seqüência ordenada de artigos, os valores do liberalismo oitocentista”. Sobre essa concepção, Raizer assim se manifesta: “A filosofia do idealismo alemão, especialmente a ética Kantiana e o liberalismo econômico, no espírito dos clássicos ingleses, permaneceu atrás das formulações acentuadamente sóbrias destas leis” (p.17) (RAIZER, Ludwig. *O futuro do Direito Privado*. Tradução de Lucinda Maria Ragugnetti. RPGE, n. 25, p. 11 e seg).

⁶⁸Irti (op. cit.), que reenvia (p. 615, nota 8) o conceito a De Los Mozos (*Derecho Civil español*, v. I), também fazia distinção entre liberdade política, dos antigos, e liberdade civil, dos modernos. Sobre isso ver: RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses universitaires de France, 1973, p. 50.

⁶⁹IRTI, op. cit., p. 618.

seus, como a regra da autonomia privada.

Ao lado disso, a crescente industrialização, retomada após a primeira conflagração mundial, com larga utilização do operariado e da mecanização, veio a exigir novas relações acerca do acidente do trabalho e das relações de prestação de trabalho. Nessa conformidade, novas leis sobre acidentes do trabalho e sobre o contrato de trabalho foram publicadas à margem do Código, sacrificando o princípio da liberdade contratual e da responsabilidade civil subjetiva. Os títulos de crédito também passaram por uma modificação legislativa que passou longe dos princípios gerais tanto dos códigos civis quanto dos códigos comerciais. E outros exemplos poderiam ser citados.

Nesse segundo período evolutivo, que vai da Primeira Guerra Mundial até, mais ou menos, a Segunda Guerra Mundial, persistiu o primado do Código Civil como estatuto fundamental do Direito Civil e base de todo o ordenamento jurídico. Alargou-se a abrangência da legislação especial em áreas do próprio Direito Privado, mas também do Direito Público, devido às ingerências do Estado nos campos social e econômico.⁷⁰

Nesse sentido, a estrutura jurídica sofreu uma relevante alteração: se, de um lado, o Código Civil permaneceu com seu dogma de unidade; por outro lado, as demandas sociais impostas pela realidade exigiram uma legislação mais dinâmica, efêmera e adequada a esse fim assistencial às novas classes e grupos sociais emergentes: as leis especiais⁷¹.

⁷⁰ Varela (op. cit) explica a dualidade Código “versus” leis esparsas pelo fato de os Códigos terem-se mantido fiéis às grandes linhas do pensamento liberal, ao definirem as regras fundamentais do Direito Privado, enquanto as novas leis especiais davam guarida ao fenômeno de sociologização do Direito, caracterizado pela correção legislativa de problemas enfrentados na realidade social como o aluguel de imóvel residencial.

⁷¹ Irti (op. cit., p. 619) afirma: “De frente à densa e quotidiana multiplicação das leis especiais, os códigos civis assumem uma função diversa. Eles representam não mais o direito exclusivo e unitário das relações privadas, mas o direito comum, isto é, a

Trata-se de um período intermediário, no qual o Código ainda conservou seu prestígio; não mais como regulador exclusivo da vida privada, mas como Direito Comum, cujos princípios gerais serão completados ou modificados por leis caracterizadas por seus específicos elementos de fato.

O último período traçado por Varela é o da *descodificação* do Direito, que se iniciou, genericamente, a partir da derrota militar das potências totalitárias do eixo, mas cuja época de incidência varia de país para país, dadas as condições políticas e sociais de cada Estado.

2.2 - O CASO ITALIANO

Na Itália, o fenômeno em tela tem a data de 1º de janeiro de 1948, com a entrada em vigor da sua nova Constituição e pode ser caracterizado como segue.⁷²

*Primeiro, o Código Civil deixou de constituir o centro geométrico de toda a ordem jurídica constituída. O primado da legislação passou para a Constituição, ao lançar as bases de uma nova sociedade ideologicamente comprometida. A Constituição passou a regular não só a organização do Estado e a tutelar as liberdades públicas e os direitos políticos, mas também imiscuiu-se em institutos basilares da sociedade burguesa liberal, antes tratados exclusivamente nos Códigos, como o casamento, a propriedade, a liberdade econômica, etc., dando poderes a grupos intermediários, ou seja, que ficam entre a pessoa humana e o Estado e se constituem em organizações sociais onde o indivíduo exerce a sua personalidade.*⁷³

disciplina de suportes fáticos mais amplos e gerais”.

⁷²VARELA, op. cit., p. 508 e seg.

⁷³Sendo Irti (op. cit., p. 621): “A nova Constituição, se de um lado conserva o patrimônio oitocentista das liberdades políticas e civis, de outro, abre-se à influência da ideologia católica e socialista [...] O indivíduo é garantido não exclusivamente por si, mas como membro dos grupos intermediários [...] A Constituição não se

Segundo, aumentou, por outro lado, em quantidade e modificou-se em qualidade a legislação especial (avulsa). Muitas matérias antes reguladas pelo Código Civil saíram desse diploma para se fixarem em leis extravagantes, as quais não mais buscavam adequação aos princípios fundamentais do Código, mas se adequavam aos novos princípios programáticos da Constituição. Carta Maior que rapidamente mostra a sua vocação para a orientação do desenvolvimento da legislação infraconstitucional.

Portanto, há uma radical transformação entre as leis vigentes na era liberal e aquelas emergentes no período pós-constitucional, porque estas, ao contrário daquelas, não se resumem a meros instrumentais à livre escolha dos fins da iniciativa privada — sem qualquer valoração sobre o opção tomada —, mas buscam elas próprias os fins, indicam seu objetivo. *A lei que determina programas e controles, encaminha e coordena a atividade econômica e fixa modos de gozo e limites à propriedade privada, é já uma regra final: ela postula, na intrínseca estrutura e na lógica do desenvolvimento das várias normas, uma escolha de fins e uma seleção de interesses merecedores de tutela.*⁷⁴

Assim, na visão de Irti, a ordem econômica e a jurídica não são mais resultado do livre jogo do mercado, mas predeterminadas na lei, a qual se afasta da vontade individual, aproximando-se do interesse comum. Por isso, aquelas concepções do liberalismo clássico da relação entre liberdade de escolha e responsabilidade, já referida, a ponderação do indivíduo sobre o futuro ao tomar iniciativa de qualquer ato, perdem importância.

limita a custodiar as regras do jogo, [...]ao lado das normas tradicionalmente liberais, [...] encontramos já normas de escopo (programáticas segundo nossa doutrina: ver Manoel Gonçalves Ferreira FILHO, Curso..., Saraiva, 1990, p. 13), as quais assinalam ao Estado os fins a perseguir ou indicam os resultados úteis ao bem-comum”.

⁷⁴IRTI, op. cit., p. 622.

Terceiro, a nova legislação especial caracteriza-se por uma significativa alteração no quadro dos seus destinatários. Com isso, quer-se dizer que a lei deixou de ser aquele comando genérico e abstrato do século XVIII, para se tornar estatutos privilegiados de determinados segmentos sociais ou grupos políticos. Nesse sentido, a lei já não expressa a vontade do povo, nem a soberania estatal, mas o resultado do jogo político, isto é, da luta entre o poder público e os grupos de pressão.

“A lei assume já as características de concretude e individualidade, que eram próprios do negócio privado [...] resposta a específico e determinado problema”⁷⁵.

A técnica legislativa empregada mais comumente para o alcance das metas programadas é a da lei-incentivo⁷⁶, que bem caracteriza o caráter contratual que subjaz à lei hodiernamente. Isto porque, definindo escopos, a lei invade a esfera decisória que caberia aos indivíduos, portanto fere a liberdade individual, na expectativa de que os particulares atuem no sentido buscado pela norma legal e, para tanto, oferece vantagem aos mesmos⁷⁷.

Todavia aquela mesma lei que indicava os programas e os resultados coerentes com o bem comum também se imiscuía em terminologias altamente técnicas, com jargões científico (como, por exemplo, a regulamentação de insalubridade no local de trabalho), econômico (por exemplo, lei anti-truste) e industrial, inerentes à sociedade contemporânea. Leis diversas

⁷⁵IRTI, op. cit., p. 623.

⁷⁶Segundo Irti (op. cit., p. 625): “[...] através das quais o Estado se propõe a solicitar dos privados o cumprimento de determinada atividade; em função de que promete uma vantagem em favor dos privados; atividade aquela que não seria realizada caso não houvesse lei que a estimulasse”.

⁷⁷Irti (op. cit.) chega a dizer que essa penetrante e incisiva interferência do Estado na vontade privada determina uma *juridicização da escolha e da vida*, emergindo a lei, dada a importância do seu novo caráter, do conflito entre Estado parlamentar “versus” Estado sindical e do acordo entre os grandes representantes dos empregadores e trabalhadores. Nesse ponto, o autor parece exagerar a importância dos sindicatos na sociedade civil. Além disso, é um fenômeno tipicamente italiano, não extensível com a mesma intensidade aos demais países pertencentes à família romano-germânica de Direito.

que se multiplicam numa linguagem múltipla e discordante, que impedem uma linguagem universal ao Direito Civil e, portanto, afastam uma interpretação segundo os mesmos critérios⁷⁸.

*Quarto, no plano dogmático também há uma grande novidade em relação à antiga legislação especial e a atual, que consiste na desvinculação total aos princípios elementares do Código. As novas leis especiais, “[...] como satélites autônomos, procuram regiões próprias na órbita incontrolada da ordem jurídica”*⁷⁹. Essas novas leis procuram o seu espaço de incidência longe dos princípios do código, trazendo os seus próprios, bastantes distintos. Formam-se assim microssistemas legislativos apartados do macrossistema do Código⁸⁰.

Natalino Irti é radical e entende que essa proliferação de leis especiais, que se apropriam de específicas hipóteses de incidência, regulando relações jurídicas exclusivamente, esvaziando a matéria codificada, exprimem princípios que assumirão caráter geral. E, por essa razão, as próprias leis

⁷⁸Irti (op. cit., p. 624) tem magnífico posicionamento a respeito do assunto: “A norma não mais se restringe ao esquema hipotético, que une determinada consequência jurídica ao acontecimento de um fato, mas indica os objetivos escolhidos, em respeito a uma intrínseca necessidade de descrever aos destinatários uma ordem econômica e um projeto de sociedade. Coerente ou incoerente que são, o intérprete não pode prescindir daquela indicação de escopo”.

⁷⁹VARELA, op. cit., p. 510.

⁸⁰Jean Calais-Auloy, em artigo denominado *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contra* (*Revue trimestrielle de droit civil*, n. 02, 1994, p. 253), questiona-se a respeito da possibilidade de as novas regras protetivas do Direito do Consumidor (que é, sem dúvida nenhuma, um microssistema) influenciarem as regras gerais dos contratos (que pertencem ao macrossistema do Código Civil). Conclui que seria justo trazer a todos contratantes hipossuficientes a proteção atualmente reservada aos consumidores. Todavia, embora o mencionado autor admita na jurisprudência uma extensão no entendimento do que seja a relação de consumo, abarcando situações várias, não acredita numa generalização dos preceitos em tela. O que só poderia vir a ocorrer por uma redescoberta de princípios hoje perdidos de vista (na doutrina francesa!), como, por exemplo, o da boa-fé. Entende que o Direito do Consumidor tem traços muito particulares e abarca situações muito específicas e, portanto, deve permanecer com um campo de incidência restrito às relações que busca disciplinar, isto é, consumo.

especiais investir-se-ão de um caráter geral em contrário ao Código, que perderia sua natureza de regulador geral do sistema, restando-lhe uma função apenas residual, isto é, de regular as relações jurídicas daquelas pessoas que não pertencem ao grupo em favor do qual foi aprovada a lei.⁸¹

Varela atribui essa modificação na orientação legislativa basicamente ao fenômeno do associativismo, embora reconheça também uma parcela de importância à prevenção contra os regimes totalitários, o que exigiria uma tomada de posição na própria constituição, lei máxima do ordenamento jurídico. As pessoas atualmente não mais lutam por seus interesses frente ao Estado e aos outros indivíduos isoladamente, mas procuram organizar-se e concentrar as suas forças em torno de interesses fundamentais. Fenômeno este que se iniciou com o movimento operário, transmitiu-se aos empregadores, partidos políticos, inquilinos, feministas, e hoje temos os menores de rua (no Brasil); os “homeless”, os “african-american”, os latinos (nos EUA), etc., em processo que, nas palavras do autor referido, ameaça a própria unidade do Estado, com a autonomização e a conseqüente desagregação das regiões que o integram.⁸²

Presente aqui está aquela noção de IRTI da lei como contrato entre o Poder Público e os grupos com capacidade de pressão, onde estes a utilizam como forma de interferir nos

⁸¹Irti (op. cit., p. 629 e seg), assim se posiciona acerca do comentado: “As leis especiais, apropriando-se de determinadas matérias e classes de relações, esvaziam a disciplina codificada de conteúdo e exprimem princípios que assumem uma carga decisamente geral. [...] Ao código civil não se pode reconhecer [...] o valor de direito geral, de sede de princípios que serão desenvolvidos e especificados nas leis externas.[...] O código civil sofre, assim, uma alteração de função: não direito geral, mas residual. [...] as leis especiais, vonfigurando-se como estatuto dos grupos, destinando o código civil à disciplina das relações cujos sujeitos sejam estranhos aos membros daquela categoria considerada”.

⁸²Assim fala Varela (op. cit., p. 512): “Assim se criou, na preparação, na elaboração e até na execução das leis, um quadro de relações inteiramente distinto do que emoldurava o Estado liberal, e manifestamente hostil, em certos domínios, à codificação do Direito”.

objetivos a serem perseguidos pelo Estado, com o fito de proteger seus interesses e prerrogativas privados ou coletivos⁸³.

2.3 - O CASO PORTUGUÊS

Quanto à evolução do sistema jurídico português, também ela seguiu as linhas mestras traçadas em relação ao Direito italiano; apenas a terceira fase, da descodificação, veio com maior atraso. Assim, a primeira fase do apogeu do Código Civil português de 1867, profundamente comprometido com a doutrina liberal oitocentista de proteção à propriedade privada, durou também até a Primeira Guerra Mundial.

Após o primeiro grande conflito mundial, intensificou-se a produção legislativa à margem do Código, em matérias que não se diferenciam das anteriormente mencionadas em relação à Itália. Todavia o que atrasou o processo de descodificação do Direito em Portugal foi a edição do novo Código Civil português de 1966, o qual procurou dar sistematicidade à legislação avulsa em vigor à sua época de elaboração e reconquistar certas matérias para a esfera de regulamentação do Código. Por ser esse estatuto mais atual do que o italiano de 1942, ele se valeu de doutrinas jurídicas mais modernas e trabalhou com outra realidade social e legislativa, portanto, demorou mais tempo para se desatualizar.⁸⁴

Traço comum dos processos descodificatórios italiano e português é o deslocamento da ordem jurídica para a Constituição, que, no caso de Portugal, data de 1976. A nova Carta Magna lusitana, antes de traçar a organização política do

⁸³Para Irti (op. cit., p. 632), a crise do Código Civil é crise do cidadão frente aos grupos sociais.

⁸⁴O Codice Civile de 1942 levou muito mais longe do que o Código Civil português de 1966 a tendência absorcionista da legislação civil em relação ao Direito Privado: regula, por exemplo, as relações de trabalho, dos títulos de crédito; coisa que não fez o diploma português. Além disso, publicado no entre-Guerras, foi o Codice Civile muito menos permeável do que o estatuto português, em consideração ao espírito dos novos tempos.

Estado, tratou de enunciar princípios fundamentais da nova sociedade civil que o Estado Social pretendia impor em lugar da sociedade burguesa do século XIX.⁸⁵ Nessa conformidade, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a nova Constituição regula uma série de direitos que têm as suas raízes no solo do Direito Privado (por exemplo, vida, imagem, reputação, intimidade). Além de consagrar um verdadeiro estatuto jurídico do trabalhador subordinado, consagra a interferência do Estado na atividade econômica e na propriedade privada — reforma agrária —, permite controle de preços para defesa do consumidor, consagra o poder fiscal do Estado. Enfim, desloca-se para a Constituição o centro nevrálgico da ordem jurídica.⁸⁶

Também há inteira conformidade entre o Direito português e o Direito italiano no que se refere ao aumento da produção legislativa esparsa.

E uma terceira identidade entre os dois sistemas citados é uma tendência para a legislação setorial, a qual Varela prefere qualificar de *preocupante*⁸⁷. Esses verdadeiros microssistemas

⁸⁵Nesse sentido, ver: VARELA, op. cit., p. 520.

⁸⁶Em recentíssimo artigo, intitulado *Droit constitutionnel et droit civil: de vieilles outres pour un vin nouveau*, Bertrand Mathieu propugna a existência de um *Direito Constitucional Civil* (“droit constitutionnel civil”), que seria formado por normas identificáveis e com vocação para aplicabilidade no mundo fático, defendendo, inclusive, um controle de constitucionalidade difuso pelos juízes comuns franceses, os quais estariam livres para derivarem princípios axiológicos da Constituição. Diz que é antiga e desatualizada a oposição entre Direito Civil e Direito Constitucional, o mesmo valendo para a distinção entre Direito Público e Direito Privado (esta tende a se esvaír). Para chegar ao referido *Direito Constitucional Civil*, o referido jurista parte da constatação fática da impossibilidade do Direito Civil em vencer as barreiras que lhe surgem na atualidade, bem como de que o Direito Constitucional não tem mais como único objeto a organização do Estado e dos poderes públicos, mas também abarca regras típicas do Direito Civil e Administrativo. Evolução do Direito Constitucional que foi tardia em França, antecedida pelas Constituições portuguesa e espanhola (*Revue Trimestrielle de droit civil*, n. 01, p. 59 e seg., 1994). Sobre constitucionalismo de valores, ver: PECES-BARBA, Gregório. Un estudio de derecho y política. In: *La constitucion española de 1978*. Coleccion El Derecho y el Estado. Valência: Fernando Torres Editor S/A, 1984, p. 35 e seg.

⁸⁷Diz Varela (op. cit., p. 524): “São amplos os domínios em que a lei não se dirige

se subordinam a regras próprias, sem preocupação com correspondência aos estatutos vizinhos. E é nessa conjuntura que se ameaçam a unidade e a coesão do sistema, onde o poder do Estado se dilui frente aos grupos de pressão.⁸⁸ Chega-se a dizer que, na verdade, a crise não é dos Códigos, mas da lei, porque nasce da ameaça de desagregação do próprio Estado. Estado este que não mais se coaduna com a concepção liberal de mero árbitro dos atores sociais, mas, sim, de um Estado intervencionista na ordem econômica, social e cultural, que chamou a si a função de promotor do bem comum e a de garantidor da justiça social.⁸⁹

ao cidadão, ao indivíduo indiferenciado, [...], mas aos trabalhadores subordinados, [...] agricultores [...] aos gestores públicos, aos militares, aos magistrados, aos docentes, aos bancários, aos consumidores [...] não para solucionar problemas privativos de cada classe, mas para regular também questões comuns a outras pessoas”.

⁸⁸Ver: VARELA, op. cit.

⁸⁹Varela (op. cit., p. 527 e seg.) entende que, se o homem é o verdadeiro centro da ordem jurídica, o lugar próprio para a proclamação e definição dos direitos inerentes ao homem é o Código Civil e não a Constituição. Entende o mencionado jurista que inscrever a proclamação de direitos dessa natureza no texto da Constituição dá a impressão condenável de que o Estado pretende impor as suas idéias políticas, econômicas e sociais na vida privada dos indivíduos ou de que tais direitos representam uma concessão do Estado. Aqui o autor parece bastante equivocado, pois, em primeiro lugar, o lugar próprio dos direitos fundamentais da pessoa humana, embora num primeiro momento histórico tenham sido consagrados nas declarações dos direitos humanos, é e sempre foi na Constituição, quando esta passou a incorporar aquelas declarações dos direitos do homem sem nunca delas renunciar. Sobre a matéria, ver: RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses universitaires de France, 1973. Em segundo lugar, o eminente jurista parece ignorar o conceito de poder constituinte originário, ou seja, o que vem inscrito na Constituição não deriva do Estado, mas da própria sociedade (ver FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva). E, finalmente, parece confundir o conceito de direitos fundamentais — inerentes à pessoa humana como tal — e direitos políticos, isto é, de participação política — outorgados pelo Estado como decorrência de sua soberania (sobre essa distinção, ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Saraiva, 1967).

2.4 - O DIREITO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro do século XIX sofreu grande influência do Direito português da época, em função das Ordenações portuguesas que vigoraram no Brasil até a publicação do seu Código Civil em 1916.⁹⁰ O centralismo jurídico português transplantado para o Brasil só poderia culminar com a promulgação de um Código Civil regulador de toda a realidade jurídica.

Não há nenhum texto a respeito, mas o início do período descodificatório no Brasil, para quem acredite neste movimento legal, pode ser registrado na Constituição Brasileira de 1934, ao enunciar, no item “17” do art. 113, que o direito à propriedade não poderá ser exercido em desconformidade com o *interesse social e coletivo*. Ou, como normalmente se afirma, com a nova Constituição Republicana de 1988, com suas diversas normas programáticas e multirregulação jurídica no campo do Direito de Família, do Trabalho, do Processo.

A verdade é que, posteriormente à Constituição de 1934 e ao seu princípio de que a propriedade obriga, diversas leis especiais foram editadas no Brasil de acordo com a concepção social da propriedade, em desacordo com a disciplina do Código Civil, como, por exemplo, o Estatuto da Terra (1964), responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico (Lei nº 7.437/85).

No Direito de Família, radicais foram as transformações: capacidade plena da mulher casada (Estatuto da Mulher de

⁹⁰Diz Clóvis do Couto e Silva: “A partir das Ordenações Afonsinas, Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada. A filosofia que impregnou as Ordenações a partir da primeira, as Afonsinas (1446 ou 1447), foi a de coordenar a legislação, dar-lhe unidade, ao mesmo tempo em que se manifestou a decadência do direito local e consuetudinário, mantida pelas posteriores Ordenações Manuelinas e Filipinas”(COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da AJURIS*, n. 40, p. 130)

1962), admissão do divórcio (Emenda Constitucional nº 09/77 e Lei nº 6.515/77) e admissão da adoção plena (recente Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, que substituiu o Código de Menores de 1979).

No Direito Contratual, também houve importantes alterações: locação de imóveis urbanos (Lei do Inquilinato de 1979 e de 1991), promessa de compra e venda (DL 58/37, Lei nº 649/49 e a atual Lei nº 6.766/79), alienação fiduciária em garantia (DL 911/69), reserva de domínio (CPC/73).

É nesse contexto de descodificação ou de constitucionalização que se insere o Novo Código Civil (NCC), de 2002. Estaria ele fadado ao insucesso em seu papel centralizador da ordem jurídica do Direito Privado diante da maior força da Constituição? Acredita-se que não. Ainda que a Constituição constitua, desde Kelsen, o topo da pirâmide do sistema jurídico, sendo ela a grande referência hermenêutica, a verdade é que o Código Civil ainda mantém sua atualidade e seu papel de eixo fundamental do Direito Privado (ainda que tenha havido um processo de descentralização jurídica ao longo do século XX).

3 – A RECODIFICAÇÃO NA ERA DA DESCENTRALIZAÇÃO JURÍDICA

O fenômeno de multiplicação legislativa no pós-guerra, com o regramento de institutos jurídicos por leis novas, segundo princípios próprios e diversos dos do Código Civil, enquanto fato, é incontestável. Efetivamente, diversas são as *leis* especiais que atualmente impõem seus princípios frente aos dos Códigos. Há, inclusive, no Brasil, exemplos concretos dessa realidade: nova Lei do Inquilinato de 1991, Lei de Defesa do Consumidor de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Que a Constituição Federal deve ser o ápice do sistema jurídico é também algo, desde a Teoria Pura

do Direito de Kelsen, admitido. Todavia a interpretação dessa modificação na orientação legislativa pode ser feita sob um ângulo diferente daquele proposto pelo civilista italiano acima referido que implicaria a destruição da idéia de Código como eixo do sistema privado, qual seja, a da perspectiva traçada por Couto e Silva⁹¹, que parece mais correta.

Entende o antigo Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que as diversas legislações avulsas posteriores ao Código Civil brasileiro, o que pode ser extensível para qualquer Código, notadamente aqueles dotados de uma parte geral, não são incompatíveis com a idéia de Código. Ao contrário, segundo Couto e Silva, a idéia moderna de Código é fundamental, pois, dentro daquela perspectiva de evolução aos microsistemas, não pode a ordem jurídica conviver sem um mínimo caráter de ordem e unidade (que não é dada exclusivamente pela Constituição), pois se perderia de vista a idéia do Direito como sistema — noção imprescindível à dogmática jurídica e resultado de séculos de evolução da ciência jurídica.

O que essas leis especiais de fato realizaram foi a desmistificação do Código⁹², ou seja, aquela idéia dogmática de que o código esgotaria, em sua disciplina, todas as relações jurídicas existentes na sociedade, que pode ser resumida na idéia de completude⁹³. Agora, isso não quer dizer que o Código tenha perdido toda a sua importância, ao contrário, deve permanecer como um *Código central*, isto é, responsável pela unidade de todo o sistema jurídico de Direito Privado, atualmente espalhado em diversos microsistemas sem qualquer ligação entre si, pelo menos se se quiser manter uma

⁹¹COUTO E SILVA, op. cit.

⁹²No mesmo sentido, ver: DE CUPIS, Adriano. A proposito di codice e di decodificazione, *Rivista di diritto civile*, parte 02, p. 47 e seg, 1979.

⁹³Assevera Clóvis do Couto e Silva (op. cit., p. 147): “Em suma, a idéia do código, como totalidade normativa, corpus juris completo e acabado, não tem mais sentido. Em momento algum pôde essa idéia realizar-se plenamente”.

idéia de sistema⁹⁴. Nos dizeres de Michele⁹⁵, quem morreu foi o Código oitocentescos, não a idéia de Código.

Com isso, não se quer dizer que o Código de 1916 não estivesse *envelhecido*⁹⁶ em alguns de seus institutos. Realmente, muitas das matérias lá previstas já não tinham mais aplicação. Essas regras que não estavam mais em vigor se reportavam a uma sociedade do século XIX diversa da sociedade de massas de hoje;⁹⁷ até mesmo a referência cultural alterou-se⁹⁸. Por isso, inclusive aquele Código foi substituído por um mais atual, o de 2002, de Miguel Reale, demonstrando a crença do legislador no papel permanente do Código Civil como eixo do Direito Privado, ainda que, em última análise, as suas disposições não possam contrariar as normas constitucionais.

Irti, como se disse, quando falava sobre a *descodificação*, tinha entendimento francamente diverso do de Couto e Silva, chegando a afirmar que o fim da era da codificação implica a superação daquele pensamento que via *o Código como centro do sistema, em redor do qual circulariam as leis especiais*⁹⁹.

⁹⁴Arremata Couto e Silva (op. cit., p. 148-149). “A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um sistema aberto [...] *o direito [...] exige um núcleo valorativo e uma técnica comum no CC e nas leis especiais. [...] Agora, mais do que antigamente, impõe-se a existência de um CC, como elemento indispensável à preservação da unidade ideal do próprio direito privado [...] O CC, como código central, é mais amplo do que os CC tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém cláusulas gerais [...]*”

⁹⁵GIORGIANNI, Michele. La morte del codice ottocentesco. *Rivista di diritto civile*, parte 01, p. 52, 1980.

⁹⁶GIORGIANNI, op. cit.

⁹⁷Sobre o envelhecimento do código oitocentescos por alteração do ambiente cultural, bem como da civilização que ele era chamado a disciplinar, ver: GIORGIANNI, op. cit., p. 53.

⁹⁸Embora ainda muito discutida atualmente a questão de se já estamos hoje vivendo na pós-modernidade ou se ainda permanecemos na modernidade. Sobre isso, ver: ROUANET, Sérgio. *A razão cativa*. [S. l.]: Brasiliense.

⁹⁹IRTI, Natalino. Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema). *Rivista di diritto civile*, n. 02, p. 141 e seg., 1979.

Vai mais além, diz que “[...] o retorno ao código civil [...] é excluído para sempre” (radicalismo que atenuará e modificará posteriormente); “[...] a consolidação cria microsistemas de normas, dotados de lógica autônoma e orgânica”¹⁰⁰. Arremata asseverando que é morta a época em que o Código Civil se situava no centro do sistema em torno do qual giravam as leis especiais. Na verdade, estas é que se tornariam gerais, e os códigos, residuais.

O mestre italiano via, inicialmente, ao contrário de Couto e Silva, a *Carta de Trabalho* fascista e, depois, a Constituição de 1948 como os centros em torno dos quais giravam as leis ordinárias, dentre elas os Códigos. E, nessa linha, poderia ser combatido o principal argumento em que se embasa Couto e Silva para sustentar a necessidade ainda presente de um Código: de que a própria Constituição e não mais o Código Civil serviria como eixo central do sistema.

Todavia não parece viável abrir-se mão da Parte Geral do Código Civil e das obrigações e contratos, categorias conceituais indispensáveis à aplicação das leis especiais — por exemplo, a determinação da capacidade de efetuar negócios jurídicos, o conceito de pessoa, dos direitos de personalidade. Por que descartar 2.000 anos de evolução da dogmática jurídica civil? Como resolver problemas práticos da vida privada sem o Código Civil? O que tem de tão bom na Constituição de 1988 que precise fazer com que esqueça da boa técnica civilista? Por que destruir a dogmática da propriedade, do contrato, da responsabilidade em nome de vagos princípios constitucionais?

Tanto é assim que o próprio Irti, em artigo mais recente¹⁰¹, não vê mais a nossa era, de fins do século XX, como a da *descodificação*, mas, ao contrário, como, possivelmente, a da *recodificação*. Isto porque o jurista italiano vê agora os

¹⁰⁰Idem, p. 144.

¹⁰¹IRTI, Natalino. I cinquant'anni del codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, n. 03, p. 227 e seg., 1992.

fenômenos da *descodificação e da recodificação* como *categorias históricas* e não *lógicas*, por isso, mutáveis. Sendo que o primeiro fenômeno pressupõe que a unidade do ordenamento decorra da constituição, e o segundo, do *próprio Código Civil*. Nesse sentido, é bem possível falar-se em dois Irti para expressar essa relativização do pensamento sobre a *descodificação*, inserindo-a no processo histórico e propondo a *recodificação* também como necessidade histórica.

Isso é perfeitamente explicável, e o próprio jurista italiano o faz bem. De fato, houve, nas décadas de oitenta e noventa — portanto, posteriormente à época em que ele escreveu sobre a *descodificação* —, uma modificação na condução das políticas governamentais dos países desenvolvidos, deixando de se preocuparem com a promoção do bem-estar e com traços marcadamente liberalizantes, implicando uma reformulação sobre a concepção de Estado (antes social, agora novamente liberal ou neoliberal se se quiser).

O jurista italiano entende que o Estado contemporâneo¹⁰² não é mais aquele interventor do pós-guerra, mas um Estado que sofreu as influências da queda do Muro de Berlim, do fim dos regimes políticos do Leste Europeu, do triunfo do capitalismo e da economia de mercado, redescobrimdo sua função meramente *reguladora*; isto é, um poder público submerso na *ideologia privatista*, que força o Estado a dar mais autonomia à iniciativa privada, limitando-se a apenas regular o livre jogo do mercado.¹⁰³

¹⁰² A questão da intervenção do Estado na economia, via legislação, é, atualmente, bastante condenada pelos economistas com uma posição liberalizante, isto é, de defesa do livre jogo das leis do mercado. Pregam esses cientistas que deve o Estado se afastar de sua posição intervencionista — *desregulação da economia*. Sobre a matéria, há instigante artigo de Roberto Campos na *Folha de São Paulo*, domingo, 30 de julho de 1995, caderno 1, folha 4. Diz o autor, em tom irônico: “[...] há leis que pegam e leis que não pegam. Uma que sempre pega é a lei da oferta e da procura, irritante para os políticos, pois não foi votada, nem publicada no D.O.”.

¹⁰³ Irti, vê a questão do mercado como instituto jurídico e não mais como simples

Irti enxerga agora uma Constituição italiana (1948) em debate e na iminência de reformas, portanto, ameaçada como fonte de estabilidade das relações jurídicas. Enquanto o Código Civil aparece com uma *virtude unificante*, mantendo um Direito comum entre as pessoas, conseqüentemente, afastando a antítese entre Direito comum e especial, entre lei da sociedade civil e dos negócios. Enfim, propõe uma unidade do Direito Privado, o que já fizera Clóvis do Couto e Silva há muitos anos e Teixeira de Freitas no século passado.

Portanto, nessa sua nova incursão, Irti acaba indo ao encontro do pensamento de Sacco¹⁰⁴, qual seja, de que a codificação não está morta. Este último refere que 40 Códigos Civis foram promulgados depois de 1948. E, além desse fato concreto, por si só, significativo e contrário à idéia de que os códigos estão mortos, refere que, no XI Congresso organizado pela Academia de Direito Comparado, tendo assento em Caracas, em 1982, com participantes da Alemanha, dos EUA, da França, da Itália e outros, se concluiu pela atualidade dos Códigos.

Com uma argumentação muito pertinente, o mencionado jurista diz que é sustentável a codificação por uma doutrina unida e prestigiada, capaz de propor novas interpretações aos dispositivos legais desatualizados, permitindo a penetração no

campo da economia, sendo inclusive objeto de diversas leis esparsas. Ele afasta a compra e venda do campo dos contratos e sua idéia de indivíduo concretizado e manifestação da autonomia da vontade. Acredita que a *parte do contrato* se acha dissolvida na massa de consumidores portadores de necessidades homogêneas e artificiais, provocadas pela publicidade. Nesse contexto, há uma mudança de perspectiva na autonomia privada, que não é mais manifesta na livre realização de negócios jurídicos particulares, mas simplesmente se resume na escolha de determinado produto oferecido, na decisão de preferir um objeto ofertado a outro. “*Se a autonomia privada é hoje poder de escolha entre as coisas, a proteção jurídica daquela coincide com a disciplina do mercado e com a tutela da concorrência*” (IRTI, Natalino, I cinquant’anni del codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, n. 03, p. 234, 1992).

¹⁰⁴SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? *Rivista di diritto civile*, parte 01, p. 117 e seg., 1983.

sistema jurídico de novas construções teóricas, mais consentâneas com a realidade fática. Ou poderia a codificação ser resultado da imposição de um forte poder político com intenção de assentá-la. Ou, finalmente, poderia ser resultado de uma jurisprudência atuante e sábia, rumo a uma consolidação.

E Sacco, descartando as últimas duas hipóteses para o caso italiano, faz uma grande crítica à doutrina italiana defensora da *descodificação*, que é, no seu ponto de vista, a mesma incapaz de propor novas matérias sujeitas à codificação e de sistematizar ao Código as decisões judiciais e as leis especiais. E aqui o mencionado civilista se aproxima muito, mesmo que instintivamente, da posição de Couto e Silva, pois, embora não esteja a dizer que o Código Civil deva funcionar como Código Central, defende que as leis esparsas devem ser integradas ao sistema codificado, que não é outra senão a posição do falecido professor gaúcho.

Também não se deve olvidar de De Cupis¹⁰⁵, que, de pronto, enxergou falhas no sistema policêntrico (inicial) de Irti, dentre outras: (a) os diversos princípios revelados pelos mais variados microssistemas têm uma generalidade limitada pela própria variedade e autonomia desses pequenos mundos independentes; (b) pode-se questionar se esses microssistemas podem ser considerados efetivamente sistemas, além de que o polisistema é, na verdade, um amontoado de fragmentos; (c) diversas leis especiais ainda não se consolidaram de forma a afastar definitivamente a disciplina do código.

A conclusão é a que o Novo Código Civil está vivo e chegou em boa – ainda que alguns de seus princípios sejam discutíveis – ou seja, na era da privatização e da *recodificação*. Poderá ele fornecer os guias para a manutenção da unidade própria do Direito Privado, mantendo intacta a história dos civilistas (ainda que sugerindo releituras e eventuais quebras de

¹⁰⁵DE CUPIS, Adriano. A proposito de codice e di decodificazione. *Rivista di diritto civile*, p. 49 e seg., 1979.

paradigmas na regulação de alguns institutos). Seu grau de vagueza semântica poderá ensejar interpretações contemporâneas daqueles institutos que compõe a estrutura do sistema capitalista em constante evolução.¹⁰⁶ Nesse sentido, propriedade, contratos e responsabilidade civil, na era da sociedade em redes¹⁰⁷ e da globalização¹⁰⁸, deverão ser reconstruídos dogmaticamente a partir do sólido pilar da legislação civil e não apenas em cima de vagos princípios constitucionais que foram concebidos em um momento muito particular da história política brasileira.



¹⁰⁶ WILLIAMSON, Oliver. “The economic institutions of Capitalism”. Nova Iorque, Free Press, 1985, p. 15 e ss

¹⁰⁷ CASTELLS, Manoel. “A sociedade em rede”. V. 01. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

¹⁰⁸ FARIA, José Eduardo. “O Direito na economia globalizada”. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 112.