Mário Delgado: GPS legislativo permite melhor caminho para solução de lides

O processo de codificação do Direito, especialmente a partir da segunda metade do século XX, havia caído em descrédito. Influenciados pelo exponencial processo de dispersão das fontes legislativas, muitos autores, em especial o italiano Natalino Irti, imaginaram que o direito moderno doravante seria composto apenas por uma miríade de leis especiais, por natureza mutáveis, porquanto resultado de compromissos frágeis entre interesses antagônicos de grupos sociais ou econômicos, formando estatutos autônomos que mais não se submeteriam a uma racionalidade global[1]. É o que se convencionou chamar de "*era da descodificação*".

Entretanto, o que se tem verificado na atualidade é justamente o oposto do que foi preconizado por Irti. Vivemos um ciclo virtuoso de novos códigos, bastando citar os projetos ora em tramitação no parlamento – Código Comercial, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal e Estatuto das Famílias. A análise desses projetos[2] demonstra que é o Código quem vai absorver uma gama de relações jurídicas antes versadas na legislação especial, e não o contrário. E ainda quando não absorva por inteiro a disciplina, o Código enumera princípios ou cláusulas gerais que permitem a integração e interação do sistema.

A codificação constitui uma das expressões culminantes da cultura jurídica de um povo, instrumental relevante para afirmação dos valores de uma sociedade, sobretudo em épocas de crise[3].

A discussão sobre a sistematização das normas jurídicas sob a forma de um código guarda relação com o próprio conceito de sistema. O código normalmente apresenta as suas disposições repartidas de forma criteriosa e ordenadas de acordo com um plano pré-estabelecido (sistemático), fruto de um esforço de natureza eminentemente científica. Isso representou uma mudança profunda no modo de formalização do Direito, influenciando o desenvolvimento de uma nova tecnologia jurídica: a *técnica legislativa*. A partir daí, a norma jurídica positiva passa a ser geral e abstrata e não mais casuística, ditada para casos concretos. As técnicas de elaboração legislativa modernas constituem, portanto, herança direta do processo de codificação.

Mas a questão não se limita à forma. A codificação é também a expressão de uma ideologia. Os Estados Unidos, protótipo de país de *common law*, há poucos anos adotou o seu *Uniform Commercial Code*, formalmente idêntico a qualquer código comercial dos países de *civil law*. Alguns estados americanos, como é o caso da Califórnia, possuem mais "códigos" do que vários países de tradição romano-germânica. Nem por isso podemos afirmar que os americanos aderiram à *codificação*. Da mesma forma que podemos encontrar países que ainda não possuem "códigos" e, nem por isso, podem ser considerados países de *common law*. O caso da África do Sul é emblemático. Apesar de seguir o sistema legal holandês, de origem romana, o seu direito civil ainda mantém-se descodificado e as citações do *Digesto* de Justiniano são freqüentes na doutrina e levadas em consideração nas decisões judiciais[4].

O que vai marcar realmente a distinção entre *common law* e *civil law* é justamente a ideologia por trás dos "códigos". O papel e as funções de um código são completamente diversos dentro de um sistema

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

legal ou de outro. A codificação francesa de 1804 refletiu a ideologia revolucionária que rompeu com o *ancien régime* e, por isso, a jurisprudência, que era construída por magistrados e advogados representantes desse velho regime, tinha que ser banida[5].

Já a codificação alemã, quase cem anos posterior à francesa, teve uma ideologia completamente oposta. No lugar de revolucionar o sistema legal, rompendo todos os paradigmas pregressos, optou por uma reconstrução científica do sistema anterior. A pretensão do BGB não era a de se transformar em um livro de cabeceira para qualquer cidadão, mas em uma ferramenta a ser utilizada por especialistas, ou seja, um instrumental do cientista do Direito.

A *codificação*, como técnica de sistematização, tal como a conhecemos atualmente, foi uma descoberta do século XIX. Já no final do século XVIII, sob os influxos do movimento racionalista e imantadas dos valores da burguesia e da lógica individualista do iluminismo, começam a esquentar, na Europa continental, as primeiras discussões sobre a necessidade de se concentrar de alguma forma a legislação vigente, que de tão dispersa e multifacetária, era quase incognoscível. E essa concentração haveria de ser realizada de um modo racionalmente apreensível e sistemático, ao contrário do que fizeram os antigos. A codificação passava a representar, então, o paradigma da racionalização do direito, de uma forma nunca antes pensada.

Em célebre conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha, por ocasião do cinqüentenário do Código Civil italiano, Luis Díez-Picazo fala dos fatores, das razões e das aspirações que a codificação buscava, sintetizando-os em quatro núcleos: 1. Racionalização; 2. Progresso; 3. Pedagogia e 4. Utopia[6].

O processo de *racionalização* do direito através da codificação apresentava como traço característico a busca por uma perfeição, quantitativa e qualitativa.[7] Essa ideia de perfeição era alcançada pela redução ou compressão do material normativo, reduzindo-se o Direito à lei, no caso, ao código. Toda e qualquer regra jurídica tinha que estar prevista na lei, máxima expressão da vontade geral do povo, em oposição à jurisprudência, que representava o poder ilegítimo de uma casta (os juízes).

Já a ideia de que a codificação encarnaria o *progresso* pode ser analisada sob duplo aspecto: político e econômico. No plano do progresso político, o código assegura o princípio da liberdade individual e da igualdade de todos os cidadãos. No plano econômico, o progresso é representado pelo máximo de previsibilidade das normas jurídicas codificadas, tornando o ambiente de negócios da burguesia revolucionária cada vez mais seguro[8].

Díez-Picazo fala, ainda, da codificação como uma *pedagogia*, pois assegura uma melhor aprendizagem do Direito, comparando o código a um pequeno catecismo. E finalmente a *utopia* revolucionária de se imaginar um direito realizado por todos os cidadãos.

Claro que esse ideal racionalistaprogressistapedagógico e utópico, materializado através dos códigos, não poderia deixar de sofrer as influências da evolução histórica, científica e social dos povos civilizados, o que levou, com o passar dos anos, a um retorno à fragmentação das fontes. Tantas foram as mudanças, tantas as transformações, ocorridas, sobretudo, ao longo do século XX, que logo foi necessário regulamentar, fora dos códigos, uma série de outras questões, as quais passaram a formar um

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

incontável elenco de normas esparsas, vagando fora dos códigos (daí chamadas *extravagantes*). Alguns autores referiram-se a tal período como a "era da *descodificação*".

Essa proliferação de leis especiais, no entanto, passa a ocasionar sérios problemas, comprometendo o próprio funcionamento do sistema. Chega-se a um ponto de saturação onde os profissionais do direito e a população em geral já não sabem mais quais normas estão em vigor. Essa situação provoca, então, a retomada ou a renovação das discussões sobre a premência de um novo modelo de concentração das fontes, diverso daquele adotado pelo movimento codificador do século XIX. Fala-se, agora, não mais em codificação, mas em *recodificação*.

Codificação, descodificação e recodificação, na verdade, formam um ciclo de repetência constante, não só no Brasil, mas em todos os sistemas de *civil law tradition*. A ideia de compilar, consolidar ou codificar a legislação de um povo, depois de um longo período de produção espontânea, é uma constante histórica praticamente invariável.

Entre nós, o ápice do *movimento codificador* se deu nas primeiras décadas do século XX, com a aprovação e entrada em vigor do Código Civil de 1916. O pico do *movimento descodificador*, por sua vez, ocorre na segunda metade do século XX, notadamente no final da década de 80 e durante toda a década de 90, com a promulgação da Carta Magna de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor de 1990, podendo-se apontar como maiores baluartes dessa fase os adeptos da doutrina do direito civil-constitucional.

Finalmente assistimos, neste início do século XXI, ao retorno do movimento de concentração, porém sob nova roupagem, completamente diversa da codificação do século XIX. O *movimento recodificador* não pretende restaurar os ideais iluministas da primeira geração de códigos civis, nem pretende, tão pouco, "uniformizar" a legislação, tal como propugnado pela Escola da Exegese, a ponto de se afirmar que na França decimonônica não se ensinava o direito civil, mas o Código Napoleão. Ao contrário, na recodificação busca-se apenas "harmonizar" (o que é bem diferente)[9] o (novo) código com a legislação extravagante, ora pela absorção pura e simples, ora pela aplicação coordenada de uma ou de outra fonte. Os códigos de segunda geração, frutos da recodificação, já não pretendem encarnar "o" sistema, mas apenas se integrar a ele, como uma de suas partes, porém na posição "solar"[10] : um centro que convive com todos os outros à sua órbita. A perspectiva agora é "copernicana" em oposição à velha concepção "ptolomaica"[11].

A recodificação brasileira tem início em 2002, com a promulgação do novo Código Civil e vem ganhando força nos últimos anos, com os diversos projetos de novos códigos aos quais já nos referimos.

São muitas as vantagens em renovarmos os nossos grandes códigos. Nesse ponto concordamos plenamente com Oliveira Ascensão, no sentido de que "o código permite um conhecimento fácil do direito" e que "pela sistematização científica que traz, dá ao intérprete um mapa onde situar facilmente o novo caso". Em suma, "não só pressupõe como facilita a construção científica do direito", oferecendo um quadro sistemático indispensável para reunir os princípios do ordenamento e os valores fundamentais da sociedade.

Sob esse prisma, o código atua como uma espécie de manual de Direito, passível, em tese, de ser

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

consultado por qualquer cidadão. Um guia, uma espécie de “GPS LEGISLATIVO”, oferecendo ao operador do direito coordenadas para que ele venha a encontrar o melhor caminho para solução das lides nas quais seja chamado a intervir, ainda que esse melhor caminho esteja fora do próprio código.

Em suma, os defensores da tese de que na época atual, dita da “pós–modernidade”, não haveria mais espaço para obras codificadoras de grandes dimensões foram vencidos.

Os Códigos estão aí! Podemos afirmar que 2013, em termos legislativos, foi, sem dúvida, o ano das (re) codificações.

[1] Cf. DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

[2] O **Instituto dos Advogados de São Paulo- IASP**, através de suas Comissões temáticas, vem se dedicando ao estudo desses projetos, no intuito de oferecer sugestões para aprimorar os textos legislativos.

[3] Cf. REALE, Miguel. *História do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

[4] Cf. MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERIDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and latin America*. 3. ed. Stanford, California: Stanford University Press, 2007, p. 27. Os autores citam , ainda, os exemplos da Grécia e da Hungria, que só recentemente, pós segunda guerra, editaram os seus primeiros códigos civis.

[5] Cf. MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERIDOMO, Rogelio. *The civil law tradition cit.*, p. 29.

[6] DÍEZ-PICAZO, Luis.Y Ponce de Léon. Codificación, descodificación y recodificación. In: *Anuario de derecho civil*.t. XLV. Fascículo II. *Abril-junho* (1992).

[7] Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis.Y Ponce de Léon. Codificación, descodificación y recodificación In: *Anuario de derecho civil* cit., p. 475.

[8] Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis.Y Ponce de Léon. Codificación, descodificación y recodificación In: *Anuario de derecho civil* cit., p. 476.

[9] O processo de harmonização pressupõe a convivência de diversas fontes, enquanto na uniformização busca-se a redução a uma só fonte.

[10] O paralelo entre o ordenamento jurídico e o sistema solar tem sido feito por diversos autores.

[11] A expressão é de Constantinesco, citado por Castro Mendes, referindo-se à tendência moderna dos sistemas jurídicos de se abrirem, no lugar de constituírem unidades fechadas e estanques. (Cf. CASTRO MENDES, João de. *Direito Comparado*.Lisboa: AAFDL, 1982-1983, p. 55/56)

Date Created
05/12/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.