

Direito Comparado: Reforma dos Códigos deve ser democrática e pluralista

Otávio Luiz Rodrigues - 20/06/2012 [Spacca]

O movimento da codificação foi característico do século XIX. Nascida como símbolo do “despotismo esclarecido”, ainda no século XVIII, como se observa do Código Civil da Áustria, a codificação foi capturada pelo liberalismo no alvorecer do Oitocentos. Napoleão Bonaparte fez-se arauto desse movimento, que passou a confundir civilização com codificação. Promulgar códigos, ou decretar a vigência do *Code Civil* de 1804 nos países conquistados, era um ato revolucionário de grande significado político.

Após a queda do imperador dos franceses e a reação das monarquias vitoriosas no Congresso de Viena, codificar tornou-se elemento integrante das políticas de Estado de nações que se pretendiam “liberais” — em oposição ao absolutismo e ao direito divino dos reis — e também um ato fundacional de países recém-unificados ou cuja independência acabara de ser assegurada, ao exemplo da Itália e dos jovens Estados balcânicos, liberados do domínio otomano. Possuir um código, mais especificamente um código civil, era uma espécie de senha para ser admitido no rol das nações civilizadas e cultas.

A Alemanha, graças à influência teórica de Friedrich Karl Freiherr von Savigny, resistiu até 1896, quando foi promulgado seu famoso código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em vigor a partir de 1900. Outra causa desse retardo histórico estava na ciosa manutenção das prerrogativas das monarquias que compunham o *Reich*. Lembre-se que, a despeito da unificação presidida por Otto von Bismarck, no ano de 1871, os antigos reis, príncipes e duques dos territórios alemães mantiveram seus tronos e gozaram, até o final da Primeira Guerra Mundial, de “status” político e de autonomia legislativa consideráveis. O imperador (*Kaiser*) não o era “da Alemanha”, mas “dos alemães”. Uma sutileza linguística que demarcava sua condição de “*primus inter pares*” em face de seus “colegas” dentro do *Reich*. Nesse sentido, a Saxônia, a Baviera e a Prússia, ainda no século XVIII, possuíam codificações (ou consolidações). A preservação desse espaço normativo parece ter influído na tardia codificação nacional alemã.

O século XX assistiu ao nascimento de algumas codificações importantes, como foi o caso da italiana (1942) e da portuguesa (1966), que substituíram antigos diplomas do século XIX. No geral, contudo, muito se falou de um movimento de descodificação, a ponto de Natalino Írti haver celebrizado a expressão “a idade da descodificação”, em artigo homônimo.^[1] A irrelevância dos códigos civis, em razão do aumento crescente de legislações emergenciais ou conjunturais, deu espaço a que Ricardo Luís Lorenzetti, fazendo uso de uma bela metáfora, comparasse os códigos civis aos antigos centros das grandes cidades: esvaziados, envelhecidos e substituídos pelas alternativas de lazer, comércio e serviços públicos encontráveis nos bairros, esses últimos correspondendo ao que também se convencionou chamar de “microsistemas”, especialmente no final do século XX.^[2]

Áreas inteiras como a legislação trabalhista (a primeira a ser subtraída dos códigos civis, que regulavam os vínculos entre patrões e empregados nos “contratos de locação de mão de obra”), as leis do inquilinato (com forte caráter protetivo ao locatário), os estatutos da criança e do idoso, os códigos de proteção ao consumidor, as leis autônomas de direitos autorais e de propriedade industrial são exemplos

clássicos da perda de espaço normativo dos códigos civis.

Independentemente disso, no final do século XX e início da atual centúria, aprovaram-se novos códigos civis, como são exemplos os da Holanda, do Quebec, do Equador e do Brasil. Na Alemanha, em 2002, o BGB foi profundamente alterado pela Lei de Modernização do Direito das Obrigações. Na França, o anteprojeto de reforma do Código Civil de 1804, sob a regência do hoje falecido professor Pierre Catala, é um exemplo de uma onda de “recodificação” ou, de modo menos ambicioso, de “atualização” dos códigos civis, algo que também se almeja em Portugal e Espanha. No caso europeu, há forte influência das diretivas, que têm causado grande impacto nos modelos normativos locais. A tal ponto que hoje se tem defendido a tese de um movimento de “europeização” do Direito Internacional Privado na Europa, como afirma (de modo pioneiro e brilhante) Augusto Jaeger Junior.^[3]

O movimento de codificação é surpreendente. Mesmo quando foi tido como historicamente ultrapassado, ele parece ressurgir de tempos em tempos, como que a provar a utilidade desse modelo de racionalização normativa, concebido pelos iluministas e posto em prática no século XIX por uma heterogênea comunidade de estudiosos, compreensiva de pandectistas, exegetas e historicistas, que pouco ou nada tinham em comum, seja em termos filosóficos, seja em questões ideológicas.^[4]

Mais do que uma narrativa dos sucessos e insucessos do movimento da codificação, esta coluna fere uma questão extremamente atual: a onda codificadora (ou de reforma de códigos) em curso no Brasil.

Em tramitação no Congresso Nacional, encontram-se os projetos de Código Penal, Código Comercial, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e de reforma do Código de Defesa do Consumidor. As críticas e as eloquentes defesas apresentadas a essas iniciativas têm seu espaço apropriado em outro lugar. Evidentemente, há paixões, interesses acadêmicos (ou mesmo de prestígio intelectual), boa vontade e desejo de aprimorar a legislação em cada um desses grupos de reformistas e antirreformistas.

A questão central está em outro ponto: o tempo e as condições históricas para a tramitação desses projetos. O Código Civil de 1916, cujo projeto é de 1899, levou quase vinte anos para ser aprovado. O Projeto Reale, do qual se originou a codificação civil de 2002, é de 1973. Muito bem. É um longo período de discussões. Esses textos legais, no entanto, são excepcionais no marco de nossa história legislativa. O Código Penal (1940), a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) e o Código de Processo Penal (1941), assim como o Código de Processo Civil (1973), foram rapidamente aprovados por uma circunstância histórica peculiar e comum a todos eles: eram tempos ditatoriais. Tanto os regimes do Estado Novo, quanto o de 1964, possuíram uma ampla agenda codificadora. Em alguns casos, houve insucessos, como o Código Penal de 1969 (exemplo singular de lei que foi publicada, mas que nunca entrou em vigor) ou mesmo o Código Civil atual, que só seria aprovado trinta anos depois de sua apresentação ao Congresso Nacional. No geral, porém, essa agenda foi exitosa. A razão é simples: a inexistência de instituições democráticas. É evidente que não se podem tirar os grandes méritos técnicos desses projetos das décadas de 1940 e 1970. Posto que inegáveis, esses merecimentos não tiveram tanto peso na aprovação dos projetos quanto a falta de um parlamento livre, do pluralismo de ideias e da liberdade de crítica.

Não é um desvalor a demora na tramitação dos projetos e, mais que isso, o levantamento de críticas a seu conteúdo ou ainda à conveniência de sua tramitação no Congresso Nacional. A Lei de Modernização do

Direito das Obrigações, que reformou profundamente o BGB em 2002, é o resultado de quase vinte anos de debates (acérrimos, diga-se de passagem) na academia alemã. Sua aprovação deu-se apesar da crítica dos principais professores de Direito Civil da Alemanha, sob a liderança de Reinhard Zimmermann, um dos maiores privatistas europeus contemporâneos, que fizeram um abaixo-assinado contra o projeto, então defendido pelo muito conhecido professor Claus-Wilhelm Canaris.

O projeto de reforma do Código Civil francês não tem logrado êxito. Até o presente momento, salvo mudanças pontuais em matéria de prescrição (aprovadas pela Lei nº 2008-561, de 17.6.2008), o projeto Catala parece que não irá adiante. E veja-se que integram a comissão encarregada nada menos que os mais importantes catedráticos de Direito Civil da França, como Alain Bénabent, Jacques Ghestin, Yves Lequette, Philippe Malinvaud e Geneviève Viney.

Na República Argentina, o projeto de novo Código Civil, embora extremamente censurado por respeitáveis catedráticos das universidades platinas, tem alguma hipótese de ser aprovado. Nesse caso, a preeminência política da presidente Cristina Fernández de Kirchner é um dos fatores mais relevantes para que o projeto ganhe força no Parlamento.

Na análise do atual quadro legislativo brasileiro, dois pontos devem ser considerados, além da defesa de que tramitações demoradas e amplos debates acadêmicos não podem ser considerados, “de per si”, como algo negativo. São os seguintes:

(1) Os códigos precisam assentar-se em princípios e em um sistema. Mudar um código é, em alguma medida, reconhecer a quebra de um paradigma teórico (ou também filosófico ou político). A alteração na Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984, é um excelente exemplo disso. E, note-se que ela se deu ainda sob o regime da ditadura de 1964. A passagem do causalismo para o finalismo foi uma opção do legislador de 1984, mas que guardou profunda conexão com um debate acadêmico de alto nível. Reconhecia-se, à época, o esgotamento do modelo causalista e a reforma encontrou coerência sistêmica e principiologicamente em seus termos.

As sucessivas reformas do Código de Processo Civil de 1973 desfiguraram o projeto de Alfredo Buzaid, que deita suas raízes na Escola Processual de São Paulo, fundada pelo jurista italiano Enrico Tullio Liebman. A codificação de 1973, em sua formulação original, era sistêmica e principiologicamente coerente. Sua eventual superação histórica pode ter ocorrido. Se isso é verdade, é de se indagar qual a escola ou o movimento que inspira e dá forma a uma nova codificação?

Essa pergunta há de ser formulada a toda e qualquer proposição de mudança de um código. Os caracteres relativos a um sistema e a um corpo coerente de princípios, ligados a uma escola jurídica, diferenciam e especializam os códigos em face de leis, estatutos ou consolidações. Esses caracteres tornam o código um tipo diferenciado de conjunto normativo, que exige dos congressistas maior cuidado em sua apreciação.

Em nosso tempo, prevalece o discurso da simplicidade e da agilidade. Não há espaço para berloques, excentricidades ou erudições artificiais. Isso está bem. Mas, a exigência apresentada neste item 1 é algo bem diverso desse “parnasianismo jurídico”. Antes de qualquer coisa, é necessário exigir que o código (civil, penal, comercial ou processual) seja continente de princípios e que tenha vocação sistemática. O



exemplo das reformas do CPC é eloquente. Desde 1994, alteraram-se mais de 100 dispositivos desse código, sem que haja sido comprovada melhoria efetiva no sistema processual brasileiro. As marchas e contramarchas no agravo de instrumento e na apelação são exemplos da falência dessa iniciativa. A se utilizar um argumento que possui grande prestígio em nosso tempo, existe um custo econômico nessas mudanças assistemáticas.

(2) O segundo ponto que merece atenção está na importância dos códigos como símbolos do desenvolvimento civilizatório de uma nação. Os códigos são produtos culturais e, nessa condição, devem também merecer o respeito do legislador. Os franceses e os alemães não substituíram seus códigos civis de 1804 e 1900, respectivamente. Charles de Gaulle, que foi o todo-poderoso presidente da República Francesa em duas ocasiões (1944-1946 e 1959-1969), tentou elaborar um novo Código Civil, mas fracassou ante a veneração que seus conterrâneos sempre demonstraram para com o velho *Code Napoleon*. O respeito a essa tradição jurídico-cultural é de ser levado também em consideração. Muita vez, se ganha mais em se adaptar o código antigo aos tempos atuais do que em proceder a sua revogação pura e simples. Alguns projetos bem que poderiam se submeter a um teste muito simples: quantos de seus dispositivos são meras reproduções do código em vigor? Se o percentual chegar a mais de 60%, é o caso de se indagar sobre a real necessidade de se “criar” uma codificação que apenas parafraseia ou reproduz textos legais antigos.

Reitere-se: não se discute aqui este ou aquele projeto em tramitação no Congresso Nacional. Levanta-se o problema da necessidade de codificações, recodificações e de reformas legislativas, segundo as circunstâncias históricas, e quais os parâmetros reitores desse processo de câmbio normativo. Sem um sistema, um conjunto de princípios e uma “virada” teórica, como a ocorrida, por exemplo, na reforma do Código Penal de 1984, parece ser injustificável impor à nação o custo social, jurídico e econômico de uma mudança tão drástica em seu ordenamento jurídico. E, se presentes esses elementos, o debate democrático e a abertura para a crítica (profunda e ampla) dos meios acadêmicos, corporativos e sociais são indispensáveis para que se legitimem tais proposições legislativas.

Essas condições teóricas, políticas e sociais não ocorrem facilmente. E é por isso que o trabalho de codificação ou de reforma dos códigos há de ser lento e acompanhado de perto pela comunidade jurídica. E não é possível se limitar ao controle de projetos apresentados ao Congresso. É perfeitamente possível que, mesmo em tramitação, as iniciativas se revelem inadequadas, tecnicamente falhas ou destituídas dos caracteres apontados no item 1 desta coluna. Nessa hipótese, não é vexatório simplesmente abandonar o projeto, como já se fez (em estágio bem mais avançado) com o Código Penal de 1969 ou com os diversos projetos de Código Civil dos séculos XIX e XX. Não será esse um privilégio nacional. Em 1962, o Governo alemão ofereceu ao Parlamento um projeto de reforma do Código Penal (o famoso *Entwurf* 1962) que foi duramente criticado, apesar de suas enormes qualidades, pela comunidade jurídica. Em reação, um grupo de juristas, de entre eles Claus Roxin, elaborou o igualmente famoso “Projeto Alternativo” (*Alternativ Entwurf* 1966), até hoje uma referência em estudos dogmáticos de Direito Criminal.^[5]

A universidade brasileira tem sido alijada dos processos de reforma ou de elaboração dos códigos. A causa disso está em sua própria condição de eterna “torre de marfim”, que se revela, n’alguns casos, pela postura do “não li e não gostei”. Mas, é também respeitável sua recusa em legitimar projetos elaborados sem qualquer preocupação com o debate acadêmico de alto nível. Para não se falar nas discussões



relâmpago, realizadas “pro forma” e sem qualquer hipótese real de modificação ou, o que também deveria ser possível, de rejeição da proposta. Nesse desalentador cenário, caberia à Presidência da República e ao Ministério da Justiça assumir o necessário protagonismo na coordenação de tantos projetos. A força do Poder Executivo no Brasil, que é excessiva, pode muito bem se revelar de grande utilidade para se permitir que a elaboração (ou reforma) dos códigos seja realmente um processo democrático e digno da importância desses diplomas. Desde a redemocratização, o Brasil tem sido governado por pessoas que se dedicaram, com maior ou menor intensidade, à construção de instituições perenes, estáveis e capazes de assegurar os valores civilizatórios. Zelar pela legitimidade e pela qualidade do processo codificador é também uma forma de se defender tais conquistas. Os alemães e os franceses, nesse aspecto, fornecem belos exemplos de como se lidar com o tema da reforma dos códigos.

[1] Esse texto encontra-se publicado no Brasil: IRTI, Natalino. L’eta della decodificazione. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 3, n. 10, p. 15-33, out./dez. 1979.

[2] Sobre esse pensamento, guardamos muitas ressalvas. No entanto, é valiosa a transcrição do pensamento do autor argentino: “[A] idéia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como ‘ordem social’. (...) A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora com suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles. Pode-se também referir a famosa imagem empregada por Wittgenstein aplicada ao Direito, segundo a qual, o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentaram novos subúrbios, com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar as relíquias históricas” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 45).

[3] Recomendo a leitura de: JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do direito internacional privado**: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba : Juruá, 2012.

[4] Em português, há dois excelentes estudos sobre o problema da codificação: RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011 e ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. **Da Codificação** : crônica de um conceito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

[5] Para um exame da evolução histórica das codificações penais na Alemanha: GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 2, p. 565-582, jul./dez. 2010.