

A METODOLOGIA DA CODIFICAÇÃO: DEZ ANOS DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

THE METHODOLOGY OF CODIFICATION: THE TEN YEARS OF THE CIVIL CODE

GLENDIA GONÇALVES GONDIM*

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a metodologia do Direito Civil durante a sua formação no Estado Moderno e na contemporaneidade dos séculos XX e XXI. Para tanto, será analisada a criação deste Direito Privado, os propósitos de disciplinar as regras entre privados, dispondo sobre o patrimônio do indivíduo desde a sua aquisição até a sua transmissão, de forma contratual ou decorrente das relações familiares, que resultaram na codificação. Posteriormente, analisam-se as crises que se instauraram no século XX, quando o Direito Civil não conseguiu regular as relações sociais que se propôs, nem mesmo protegeu o sujeito de Direito que agora se formava - um sujeito coletivo- e as metodologias que foram utilizadas para tentar superar tais crises, a constitucionalização e a decodificação do Direito Civil. Ato contínuo, verifica-se a metodologia adotada pelo Brasil no século XXI, com o objetivo de manter vivo esse Direito Privado, tendo iniciado o terceiro milênio com um novo Código Civil. Pretende-se verificar neste estudo, o que a metodologia retrógrada da codificação alterou para a análise do Direito Civil do século XXI, diante dos dez anos de Código.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Modernidade. Codificação. Relação jurídica. Fato jurídico. Sujeito de Direito. Constitucionalização. Microssistemas. Decodificação. Contemporaneidade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the methodology of Civil Law during its elaboration and in contemporary of XX and XXI centuries. For this, it will be analyze the creation of Private Law, the purpose of disciplinary rules between private subjects, having as object their property since its acquisition to its transmission, were contractual or resulting from family relationships, which base the civil code. Subsequently, it will be analyze the crises that have established in the twentieth century, when the Civil Law failed to regulate the social relations which proposed to, it can't protect the right holder that formed – the collective subject – and the methodologies that were used to try to overcome such crises, constitution and decoding of Civil Law. Continual act, there is a methodology adopted by Brazil in the twenty-first century, with the aim of keeping alive the Private Law, having started the third millennium with a new Civil Code. Intends to examine in this study, the retrograde methodology of the Code to analysis the Civil Law of this century, from the ten years of code.

KEYWORDS: Civil Law. Modernity. Codification. Juridical relationship. Legal fact. A right holder. Constitution. Microsystems. Decodification. Contemporary.

* Aluna do Curso de Doutorado em Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da UFPR. Mestre em Relações Sociais pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito de Curitiba. Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Direito Civil “Virada de Copérnico” do Programa de Pós Graduação da UFPR. E-mail: glendagondim@up.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. A era da codificação e formação do Direito Civil na modernidade. 3. A sociedade do século XX e a crise do Direito Civil: a decadência da relação jurídica. 4. O Direito Civil como Direito Privado: a constitucionalização e a decodificação. 5. O renascer do Direito Civil e a metodologia da codificação: o descompasso. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2013, o Código Civil brasileiro completa dez anos de vigência. A sua publicação foi em meio a grandes críticas e oposições doutrinárias, visto que o cenário que existia ao abrirem as portas do terceiro milênio não justificava uma nova codificação.

Através da análise da metodologia do Direito Civil, pretende-se verificar no presente estudo a formação deste Direito, através da codificação realizada diante dos ideais racionalistas, patrimonialistas e individualistas da modernidade.

Analisando a codificação e criação do Direito Civil do século XIX e as alterações ocorridas durante o século XX, que alcançaram o século XXI.

Para tanto, o presente estudo é dividido em seções que analisam desde a criação do Direito Civil através da codificação, a alteração da metodologia codificada para uma constitucionalização do Direito Privado, superando a dicotomia entre o Público e o Privado, bem como a decodificação que para uns esvaziou o conteúdo do Direito Civil, retirando-o do Código Civil; para outros, conseguiu mantê-lo vivo dentro daquilo que seria o seu objetivo primordial: regulamentar as relações entre os privados.

A partir de tais noções e novas metodologias, será analisado o Código que iniciou o século XXI no Direito brasileiro. Com efeito, não obstante a superação do codificar, através da adoção de outros métodos, como a constitucionalização e decodificação,

nos primeiros passos do terceiro milênio, a sociedade brasileira se deparou com o ressurgimento da metodologia da codificação.

Na última seção deste estudo, é realizada a análise sobre a adoção da velha metodologia codificadora no novo milênio e o que contribuiu (se alguma contribuição existiu) para o Direito Civil, diante destes dez anos de Código.

2. A ERA DA CODIFICAÇÃO E FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA MODERNIDADE

O Direito Privado¹ moderno foi construído a partir das ideais patrimonialistas, resultantes das influências burguesas da época oitocentista; das ideias de completude e neutralidade do sistema jurídico, derivadas do jusracionalismo; e da concepção de um indivíduo em abstrato que seria capaz de direitos e obrigações, definido como sujeito de Direito².

Em contrapartida a um Direito Público³ que se ocuparia da estrutura administrativa e regulamentações da vida deste cidadão, este Direito Privado teria como objeto o sistema de normas da vida privada do cidadão.

Existiria, portanto, uma dicotomia entre o que caberia ao Estado (Direito Público), disciplinando os assuntos coletivos

1 Para análise do Direito Civil entende-se que se trata de Direito Privado geral, um direito que regulamenta as relações dos indivíduos entre si e com a sociedade, em uma premissa maior; e todas as relações da sociedade em geral, como premissa menor. (QUINTANA, Juan Manuel Pascual. *En torno al concepto del derecho civil*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1959, p. 51-54).

2 Para Pietro BARCELLONA, o Direito Privado moderno foi fundamentado na existência de um Estado de Direito capaz de elaborar legislações que devem ser respeitadas por todos e tem competência para elaborar normas abstratas e gerais que criam um ordenamento jurídico sistematizado, completo e neutro, para disciplinar a vida do homem como um sujeito em abstrato. (BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Ed., 1996, p. 54-55).

3 Sem olvidar que o Estado moderno havia a pouco se iniciado, quando os países europeus deixaram o feudalismo e iniciaram a base de uma forte monarquia. (QUINTANA, Juan Manuel Pascual. *En torno al concepto del derecho civil...*, ob. cit., p. 26)

e de interesse público e, de outro lado, o particular (Direito Privado), que disciplinaria o indivíduo e suas relações sociais, nas quais o Estado liberal não interviria (o que era uma das grandes preocupações da burguesia que pretendia segurança jurídica e total autonomia nas suas relações sociais)⁴.

As bases para a construção de tal Direito foram retiradas da leitura e interpretação do direito romano⁵. Por isso, esse Direito em formação continha elementos modernos e antigos, “*remontando às vezes direta ou mesmo literalmente ao direito consuetudinário e romano da Idade Média e do começo dos tempos modernos*”⁶.

Durante a modernidade, dentro das premissas do jusracionalismo, o indivíduo era livre e consciente, para formação da sua vida bastava ao Direito Privado preceituar sobre o seu nascimento, as obrigações a serem travadas, os negócios celebrados, a proteção do seu patrimônio, a formação da família e a sua morte.

O indivíduo era o “*centro de interesse do direito*”⁷, como o fim em si mesmo⁸ e “*finalidade central do direito*”⁹,

4 “O objetivo era estreimar o que era público estatal do que se considerava espaço privado, protegido da interferência do Estado legislador, judicial ou executivo em outras palavras, o de assegurar a primazia do indivíduo ou interesse individual sobre o interesse social ou público.” (LÓBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20).

5 No medievo, foram restaurados os pensamentos da burguesia romana, cujo processo havia começado na Baixa Idade Média através dos glosadores, instaurando um pensamento racional baseado em leis, através de um esforço sistemático dos clérigos, que deram os primeiros passos da modernidade jurídica. (GRANDA, Fernando de Trazegnies. *Postmodernidad y derecho*. Bogotá: Editorial Temis S/A, 1993, p. 19-20)

6 CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Carlos Eduardo Lima Machado [trad.]. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1.

7 VILLEY, Michel. *A Formação do pensamento jurídico moderno*. Claudia Berliner [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 233.

8 PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 33.

9 HESPANHA, António Manuel. *Prática Social, Ideologia e Direito nos séculos XVII*

contrapondo-se “*não só às concepções dominantes da Idade Média, mas também às doutrinas clássicas da filosofia do direito da Antiguidade (ou seja, sobretudo, de Aristóteles)*”¹⁰.

As ideias individualistas dominaram o pensamento moderno na filosofia, artes, ciências e direito¹¹. O único capaz de direitos e obrigações era o indivíduo e, por isso, durante os séculos XVIII e XIX, o direito originado era individualista.

Individualista e patrimonialista era, portanto, o direito que se formava, com base na premissa de um indivíduo abstrato que poderia ser protegido ao ser definido como sujeito de direito.

Sob as influências do positivismo, com a possibilidade de estruturar de forma completa e neutra um sistema jurídico, esse Direito Privado deveria advir de uma legislação, passar a ser então codificado.

O fenômeno da codificação rompe com as noções do medievo que apresentava um direito regional¹², pois se pretende

a XIX. Separata n.ºs 340 e 341-342. Coimbra: 1972, p. 20.

10 VILLEY, Michel. **A Formação do pensamento...**, Ob. cit., 176.

11 “O individualismo está por toda parte no mundo moderno. Responsável por isso é a filosofia do conhecimento, herdada do nominalismo e largamente difundida, assim como a metafísica – a da substância individual. O primeiro objeto de conhecimento é o indivíduo, ponto de partida de toda doutrina – seja quando Descartes extrai seu sistema da evidência subjetiva de sua própria existência, seja quando Hobbes, Locke ou Espinosa reconstruem o universo social a partir do homem do ‘estado de natureza’, previamente separado e isolado pela análise. Forma atenuada e sem dúvida um tanto bastarda dessa mesma tendência, a escola moderna do direito natural procede a todas as suas construções raciocinando sobre a ‘natureza do homem’ individual (já Montaigne descobria no seu próprio eu a ‘forma inteira da humana condição’), o que a opõe da maneira mais radical à doutrina dita do direito natural clássico – que procedia a partir da natureza cósmica dos grupos sociais, das polis -, e a leva a conclusões totalmente diferentes”. (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento...**, Ob. cit., p. 176/177).

12 “A noção de direito nacional – um código único e exclusivo e um sistema único e exclusivo de tribunais nacionais para cada país – é um fenômeno recente e transitório. Durante séculos, o direito foi local ou regional (costumes e cartas), mas também cosmopolita e supranacional (o direito romano ensinado nas universidades, o direito canônico da Igreja).” (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado...**, ob. cit., p. 2).

a criação de um direito nacional único, sem contradições ou divergências¹³, em um sistema que contenha todas as normas necessárias para o tema que se propunha.

Para os codificadores não há direito natural, sendo as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais adstritas à lei¹⁴. O objetivo era sistematizar em um único corpo de leis todas as regras necessárias para a formação da vida da pessoa desde o seu nascimento até a morte.

As codificações que apresentaram tais estruturas são a codificação francesa e, posteriormente, a alemã¹⁵, que tiveram influências jusracionalistas e pandectísticas, respectivamente¹⁶. Tinham como pressuposto a universalidade e a pretensão de durabilidade¹⁷.

E assim, com o objetivo de impor segurança jurídica e dispor unicamente em um sistema de todas as relações necessárias para o indivíduo, de forma sistêmica, completa, neutra e perene, foi elaborado o Código Civil moderno.

13 Afirma CAENEGEM que “Qualquer norma que não figure no código ou o contradiga é inválida” (CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado...*, ob. cit., p. 18).

14 CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado...*, ob. cit., p. 12.

15 O Código alemão foi tardio, não sendo resultado do século XIX, pois “O império alemão só adquiriu seu código em 1900. Houve várias razões para essa demora. Os acontecimentos políticos foram decisivos, é claro: as condições políticas necessárias para a introdução de um código nacional não poderiam estar preenchidas enquanto a Alemanha permanecesse fragmentada em reinos, principados e cidades livres.” (CAENEGEM, R.C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado...*, ob. cit., p. 218).

16 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*. Separata da revista da faculdade de direito. Lisboa, 1988, p. 65.

17 A durabilidade da codificação estava associada aos ideais burgueses de perdurar e ante o seu caráter geral e estruturante que imaginava dispor de uma normativa completa para todas as necessidades e relações burguesas que se fizessem necessárias. (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 138)

Estruturados sobre o indivíduo e suas relações sociais, dispunham sobre

O direito absoluto da propriedade privada e os diferentes modos de sua aquisição; sua administração, sobretudo pelo chefe de família, e os meios de sua transmissão: estes são os conceitos essenciais dos livros II e III do Code. O segundo pilar do Code é a família, cuja característica principal é a submissão ao poder do marido e pai (livro I) ¹⁸.

Mesmo durante as codificações do século XIX, tal fenômeno sofreu severas críticas, fundadas, especialmente, na impossibilidade de engessamento e congelamento do direito, o que impediria que ele correspondesse à realidade¹⁹.

Apesar das críticas, muitas que se verificaram válidas posteriormente, a codificação foi importante na sociedade que se apresentava àquela época e ao contrário de um retrocesso, representou um avanço²⁰ para o Direito moderno, pois representava a alteração das práticas do medievo para uma modernidade, na qual o que se objetivava era a segurança jurídica, era um direito nacional, não divergente ou contraditório, através do qual a doutrina e a jurisprudência deveriam estar vinculadas.

18 CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado...**, ob. cit., p. 11.

19 “O congelamento do direito através da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade. Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições.” (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado...**, ob. cit., p. 18)

20 Afirma Franz WIEACKER que: “O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único da história da legislação europeia, ele apresenta um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Antonio Manuel Botelho Hespanha [trad.]. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 378).

Para as sociedades que se formaram é que as críticas se revelaram extremamente válidas, pois a codificação que tinha como objetivo durar séculos, se mostrou mais do que insuficiente.

Os temas tratados na codificação que diziam respeito ao indivíduo, o seu patrimônio, forma de transmissão e ao instituto da família não mais tinham correlação entre a realidade e a legislação engessada do Código.

Na sociedade brasileira do início do século XX, antes mesmo da primeira codificação civil, a família já não correspondia à instituição codificada; a propriedade, que partia do pressuposto de cuidar de proprietários, não atingia mais o objetivo primordial, pois a maioria dos cidadãos não eram proprietários; os contratos eram inovados e criados de acordo com as necessidades mercadológicas, partindo de pressupostos de desigualdade e não igualdade entre as partes, trilhando caminhos diversos daqueles emoldurados na codificação.

E é a partir de tais constatações que durante o século XX, verifica-se a falibilidade da pretensão de codificar e dispor de todas as relações jurídicas em único sistema. Começa a ruir a crença na existência de um Direito codificado e na existência de um Direito Privado, nos moldes desenhados no século XIX.

3. A SOCIEDADE DO SÉCULO XX E A CRISE DO DIREITO CIVIL: A DECADÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

Para o Direito Civil moderno, as relações entre os particulares constituiriam relações jurídicas com sujeitos de Direito (pessoas físicas ou jurídicas definidas a partir do individualismo moderno) e um objeto de Direito²¹ (definido

21 “Privar, possuir e pertencer. A segurança desse sistema outorga um título a um sujeito sobre um objeto.” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13)

dentro do que é objeto do próprio Direito Civil), que se relacionam a partir da ocorrência de um fato jurídico²².

O fato jurídico reflete o sistema positivista do século XIX e diz respeito aos acontecimentos naturais e condutas humanas que apresentam relevância jurídica. No caso do Direito Civil, a relevância jurídica seria definida pelas disposições legais do Código Civil, diante do fenômeno da codificação.

Portanto, existiriam fatos adstritos ao mundo dos fatos e aqueles com relevância para o mundo do Direito. Estes últimos são assim considerados quando previstos no ordenamento jurídico²³. Lógica esta que não condiz com a dinamicidade e necessidade da sociedade do século XX.

O indivíduo do século XX travou batalhas internas e externas, participou de movimentos nacionalistas com reflexões supranacionais, integrou movimentos sociais marcados por particularidades dentro de uma universalidade, presenciou duas grandes guerras mundiais, viu surgir experimentos nunca dantes imaginados que trouxeram uma dinamicidade social não presenciada nos séculos anteriores.

Diante da dinamicidade desta nova sociedade, o fato que venha a interferir nas relações humanas nem sempre pode aguardar uma norma jurídica a regulá-lo e ficar em *stand by* até que possam lhe ser imputados efeitos, pois assim poderiam ser

22 Destaca-se que é considerado como fato jurídico aquilo que está previsto em uma norma jurídica. “A norma jurídica, desse modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico” e que poderá ser alterada “Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9)

23 “Essa visão dá supremacia ao ordenamento jurídico como último gerador dessas relações, como definição objetivista do que seja negócio jurídico e do que seja relação jurídica”. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil...**, ob. cit., p. 101).

excluídas relações relevantes para a sociedade, pelo simples fato de ainda não estarem previstas no ordenamento jurídico.

Em razão dessa dissonância entre determinados fatos (do mundo dos fatos) e a norma jurídica é que se funda uma das críticas sobre a constituição da relação jurídica, qual seja o próprio fato jurídico, eis que o ordenamento não consegue atribuir relevância jurídica com a mesma velocidade que as relações sociais meramente fáticas são realizadas.

E por isso, durante o século XX, a partir do Direito Civil engessado em um Código, relações familiares não foram consideradas família como relação jurídica e, conseqüentemente, deixaram de receber os efeitos jurídicos que poderiam lhe ser próprios; relações patrimoniais não eram disciplinadas como propriedade e foram simplesmente ignoradas pelo ordenamento, eis que não se transformavam em relações jurídicas; contratos foram interpretados pelo *pacta sunt servanda*, sem analisar as efetivas condições das partes, pois os indivíduos considerados iguais é que integrariam as relações jurídicas; dentre outras inúmeras situações que foram deixadas de lado, sem receber o necessário disciplinamento jurídico, aguardando que o Código assim o fizesse e jamais o fez (e nem seria possível fazer).

A codificação, portanto, mostrou-se ineficaz ao não dispor de relações fáticas que estavam a ocorrer e que por não estarem dispostas no Código não adentravam o mundo do direito e, por conseguinte, não geravam efeitos jurídicos.

Da mesma maneira, o próprio Direito Civil passa a ser questionado, pois também se revela insuficiente para disciplinar as relações entre particulares, como se propôs quando da sua criação na modernidade.

Além dos questionamentos acerca da constituição da relação jurídica pelo que seria considerado fato jurídico diante da metodologia do código – definindo o que será abrangido pelo Direito Civil e o que não será por ele disciplinado-, também começa a ser analisado o próprio sujeito de Direito definido na modernidade de forma individualizada.

O individualismo moderno passou a ser questionado pelas lutas sociais de pequenos grupos sociais (no final do século XIX e no início do século XX) que estavam à margem da sociedade e representavam interesses difusos de uma minoria. Esses grupos necessitavam se organizar para “*contrabalancear o que tem as grandes organizações que representam a outros interesses*”²⁴.

Foram grupos compostos pelas mulheres, por estudantes, setores da pequena burguesia, dos negros norte-americanos, que tinham como proposta uma nova perspectiva liberal – individual – positivista, contrária ao pensamento moderno do individualismo.

Instaura-se, assim, uma crise paradigmática, pois resta inegável que “*os valores tradicionais, individualistas, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade de massa*”²⁵ e o termo do sujeito de direito passa a ser insuficiente para definir os interesses jurídicos a serem tutelados.

A definição do sujeito de direito como “*o indivíduo isolado deixa de constituir o ponto de focagem do saber social e passa a ser tido como uma abstração metafísica realmente inexistente*”²⁶, e não mais corresponde aos novos interesses que “*excedem o âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público*”²⁷, deslocando o foco do indivíduo para um grupo²⁸.

24 “Ocupa um primeiro plano seu papel como contrapoderes sociais, isto é, como modo de organizar o indivíduo isolado em torno de um determinado interesse supra-individual ou difuso, a fim de lograr um poder para contrabalancear o que tem as grandes organizações que representam a outros interesses. Esta é a idéia que sustenta a criação dos partidos políticos, sindicatos, das associações de consumidores, de defesa de direitos humanos, do meio ambiente”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 177).

25 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para Agir**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81.

26 HESPANHA, Antonio M. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 201.

27 MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.

28 LORENZETTI, Ricardo Luis. **O Direito e o Desenvolvimento Sustentável – teoria**

Essa modificação paradigmática permite afirmar, atualmente, que “*toda pessoa seria sujeito de direito. O inverso, todavia, seria falso. Nem todo o sujeito de direito seria pessoa*”²⁹. A necessidade de estudar o direito coletivo impõe alterações de todo o Estado Democrático, pois “*Não é possível que o Estado, nele incluindo o Judiciário, concebido para deslindar e promover os direitos individuais subjetivos do século XIX, continue com a mesma estrutura para promover, julgar e compor os direitos sociais do século XXI.*”³⁰

Assim, se coloca a reestruturação de um Direito civil para atender o novo sujeito de Direito.

Por outro lado, para completar a relação jurídica, o sujeito deve ser detentor de direitos e obrigações sobre um objeto. E qual objeto é este? Na era das codificações eram os direitos patrimoniais disciplinados pelo Código Civil, a propriedade sobre o patrimônio e sua transmissão, pelos contratos e pelas relações familiares.

Atualmente, o objeto já não mais está previsto tão somente no Código e, também, sequer diz respeito apenas a relações patrimonialistas.

Destarte, diante das indagações ocorridas pelo elemento considerado primordial ao direito civil, que seria a relação jurídica, constata-se uma grande crise do Direito Civil codificado, que não consegue cuidar dos elementos principais: fato, sujeito e objeto.

geral do dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

29 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Melo. *In* DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Melo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

30 MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Francisco de Oliveira e Maria Celia Poli [org.]. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 334

Na tentativa de superar essa crise, mantendo o Direito Civil vivo, notou-se que ele deveria estar desvinculado do código fechado e engessado, sendo adotadas as metodologias da decodificação e constitucionalização.

4. O DIREITO CIVIL COMO DIREITO PRIVADO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A DECODIFICAÇÃO

Sufocado dentro de uma realidade que não conseguia abarcar, o Direito Civil consegue retomar sua importância ao deixar ser penetrado pelo Direito Público que tanto temia.

O Direito criado na modernidade que pretendia ser eterno e universal, não consegue atender uma sociedade cada vez mais marcada pelas suas particularidades e que se afasta da legalidade estatal.

O Estado como “*estrutura abstrata a serviço de alguns interesses individuais*”³¹ (consagrado pela modernidade), entrou em crise quando da ocorrência da segunda guerra mundial³², visto que este Estado moderno foi o mesmo que legitimou as barbáries cometidas à época³³.

O Estado liberal abre espaço para um Estado social “*caracterizado pela intervenção estatal nas relações privadas, com o intuito de promover a justiça social e reduzir as desigualdades*

31 PASQUALINI, Alexandre. *O público e o privado...*, ob. cit., p. 34.

32 Para Juan Manuel Pascual QUINTANA, a crise do Estado moderno, como liberal, começa a sua crise na metade do século XIX, quando das revoluções de 1848, que defendiam o fator social. (QUINTANA, Juan Manuel Pascual. *En torno al concepto del derecho civil...*, ob. cit., p. 76).

33 Entendido o fim da modernidade, juntamente com o encerramento da Segunda grande guerra, quando a legitimação do Estado impôs uma política de “racismo, destruição e morte, assegurada por lei, consentiu que fossem ultrapassados limites até então intransitados, provocando, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos, subjazendo, *ex novo*, a idéia de que o direito ou é humano ou não é direito”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendências. Revista dos Tribunais*. vol. 779. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51).

sociais, com o controle social e público dos poderes privados”³⁴.

É o fenômeno da constitucionalização de temas de direito privado, que tenta resgatar o Direito Civil, deflagrando a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado tão presente durante a modernidade.

Ante o disciplinamento de matérias de ordem privada pela Constituição, fenômeno que é verificado nas constituições do pós-guerra, inicia-se a discussão acerca do público e do privado, distinção decorrente do Estado moderno, na qual o público dizia respeito aos interesses coletivos, sua estruturação e organização, cabendo ao privado regulamentar as relações privadas através das normas do Código.

É o fato de existirem matérias antes próprias ao Direito Privado e que hoje são regulamentadas em conjunto com o Direito Público (administração das instituições ou de seus conteúdos³⁵) ou a adoção pelo Direito Privado de instrumentos de Direito Público (publicização das técnicas civis³⁶).

A delimitação acadêmica entre o Público e o Privado permanece, sendo, portanto, uma distinção mais didática do que prática, “*à falta de outro critério mais adequado*”³⁷.

Ante a superação da dicotomia existente, e tão destacada na modernidade, entende-se que atualmente o termo mais apropriado seria o Direito Civil e não mais o Direito Privado, eis que aquele não se coloca como oposição ao Direito Público³⁸.

34 LÔBO, Paulo. *Direito civil...*, ob. cit., p. 21.

35 Denominação utilizada por Carlos Martínés AGUIRRE Y ALDAZ (*in El derecho civil a finales del siglo XX...*, ob. cit., p. 128).

36 Denominação utilizada por Carlos Martínés AGUIRRE Y ALDAZ (*in El derecho civil a finales del siglo XX...*, ob. cit., p. 129).

37 LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino [org.]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

38 Neste sentido, afirma Pietro PERLINGIERI “(...) seria mais correto falar de Direito Civil do que de Direito Privado. Não é somente uma mudança de etiqueta. O Direito

Melhor, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 preceitua temas importantes do Direito Civil, contendo normas sobre família, contratos e propriedades³⁹, seria a adoção da nomenclatura de Direito Civil Constitucional, cujo ponto central não é a codificação, mas sim a Carta Magna⁴⁰.

Contemporaneamente, o cidadão tem a sua vida disciplinada pelo Direito Constitucional e pelo Direito Civil⁴¹. Por isso, fala-se em um Direito Civil constitucional, um Direito que, ao contrário daquele codificado, se preocupa com a pessoa e suas relações jurídicas existenciais e não apenas patrimoniais⁴².

A constitucionalização não se refere apenas ao texto constitucional, mas todos os seus princípios que aproximam este

Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis”. (PERLINGIERI, Pietro. A doutrina de direito civil na legalidade constitucional. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino [org.]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55).

- 39 Paulo LÔBO, realiza a seguinte divisão das normas constitucionais através dos temas que disciplinam: “10 sobre direitos de personalidade; 14 sobre direito de família; 9 sobre direito contratual; 12 sobre responsabilidade civil; 30 sobre direito das propriedades; 2 sobre direito das sucessões; 5 sobre pessoas jurídicas civis (não empresariais)”. (LÔBO, Paulo. **A constitucionalização do Direito Civil brasileiro...** ob. cit., p. 20)
- 40 Após a Constituição Federal de 1988, “Os civilistas deram-se conta de que a centralidade de sua disciplina tinha migrado definitivamente para a Constituição”. (LÔBO, Paulo. **A constitucionalização do Direito Civil brasileiro...**, ob. cit., p. 19).
- 41 Como salienta Paulo LOBO, ao afirmar que “As normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente, pois casa um de nós é sujeito de direitos ou de deveres civis em todos os instantes da vida, como pessoas, como adquirentes e utentes de coisas e serviços ou como integrantes de relações negociais e familiares”. (LÔBO, Paulo. **A constitucionalização do Direito Civil brasileiro...**, ob. cit., p. 19).
- 42 É como afirma Maria Celina Bodin de MORAES “Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil...**, ob. cit., 60)

Direito Civil aos privados que devem por ele ser albergados⁴³.

Com a constitucionalização não ocorreu a extinção⁴⁴ ou o esvaziamento, mas um aumento da disciplina do Direito Civil, eis que se a verificação é da pessoa e não mais o indivíduo (a partir do seu ser e não ter), tudo que envolve a sua existência deve ser disciplinado por este Direito Privado, incluindo as relações familiares e o patrimônio de antes.

O objetivo é se preocupar com a pessoa, antes das instituições patrimoniais, mas não que tais instituições deixem de existir⁴⁵. Ampliam-se as relações dos indivíduos e suas necessidades sociais que não são apenas patrimoniais, mas também, existenciais.

A partir desta metodologia, surge a (re)interpretação dos institutos básicos do Direito Civil, não mais considerando a relação jurídica entre Sujeitos de Direito iguais pela igualdade formal, mas sim pela igualdade material; analisando a função social de institutos privados (como o contrato e a propriedade); a autonomia privada para as relações familiares, dentre outras interpretações realizadas com base exatamente nesta nova metodologia.

Por outro lado, na tentativa de reviver o Direito Civil engessado em uma codificação, existiu também o fenômeno da decodificação, uma metodologia adotada como um instrumento de política legislativa⁴⁶, através da criação de legislações esparsas

43 Luiz Edson FACHIN assim afirma que essa constitucionalização “que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade, não se resume ao texto forma de 5 de outubro de 1988, mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito”. (FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13)

44 Como bem afirma Carlos Martínez AGUIRRE Y ALDAZ (*in* *El derecho civil a finales del siglo XX...*, ob. cit., 199).

45 AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínés. *El derecho civil a finales del siglo XX...*, ob. cit., p. 152.

46 IRTI, Natalino. *Codice civile e società política*. Roma: Laterza, 1995, p. 16.

que objetivavam disciplinar o tratamento de temas específicos, desde o início do século XX.

A legislação esparsa tem como pressuposto manter vivo o Direito, tratando de novas relações sociais que necessitam de regulamentação para que possam se tornar relações jurídicas, com efeitos jurídicos. É uma adequação legislativa aos interesses sociais da época que se contrapõe ao Código que tem a característica de durabilidade⁴⁷ e imutabilidade.

As leis especiais surgem não apenas pela necessidade de adaptação a uma realidade que o Código é insuficiente, mas também porque existe a necessidade de disciplinar temas de forma interdisciplinar, o que para alguns doutrinadores esvaziaria o Direito Civil⁴⁸.

É que em determinados casos a decodificação teria retirado do âmbito do Direito Privado temas que antes o integravam⁴⁹, tais como ocorreu com o Direito do Trabalho, Direito Empresarial, Direito do Consumidor, Direito Imobiliário, Direito Agrário, Direito concorrencial, dentre outros.

A família tem sua regulamentação pela Constituição Federal de 1988, pela legislação ordinária do Estatuto da Criança da Adolescente, sem olvidar o pretense projeto de Estatuto das Famílias; o fato de que os contratos do indivíduo estão hoje disciplinados, em sua maioria, pelos Contratos do Código de Defesa do Consumidor; o Direito agrário, o Estatuto da cidade e demais legislações esparsas sobre o patrimônio poder-se-ia dizer acerca da permanência de um Direito Civil?

Entendendo que ainda seria necessária a análise das relações dos indivíduos entre si e com a sociedade - para depois

47 IRTI, Natalino. *Codice civile e società política...*, ob. cit., p. 16-17.

48 É o caso, por exemplo, da reprodução assistida, mencionada por Fernando de Trazegnies GRANDA, visto que tal matéria tem a necessidade de dispor sobre temas da biologia e da área médica. (GRANDA, Fernando de Trazegnies. *Postmodernidad y derecho...*, ob. cit., p. 36).

49 GRANDA, Fernando de Trazegnies. *Postmodernidad y derecho...*, ob. cit., p. 29.

analisar as relações específicas que estariam previstas nas legislações esparsas, o conteúdo principal do Direito Civil seria a pessoa, em si mesmo, suas relações patrimoniais e familiares⁵⁰ - conclui-se que não ocorreu o esvaziamento deste Direito.

Também, pensando que tais legislações estão relacionadas com um tronco comum que diz respeito ao Direito Privado geral (Direito Civil)⁵¹, existe meramente uma alteração metodológica, que retira o Direito Civil do centro do Direito Privado, mas não o extingue.

Então, ainda seria necessária a existência de um tronco comum, o qual se trata do Direito Privado geral (entendido neste estudo como o Direito Civil). Tendo o Direito Civil como um Direito Privado geral a premissa maior de regulamentar todas as relações dos indivíduos entre si e com a sociedade e, em uma premissa menor, das relações da sociedade em geral, a primeira seria durável⁵² e não teria se extinguindo, pelo fato de existirem ramos autônomos dentro da premissa menor.

Com isso, a decodificação ou até mesmo a autonomia de disciplinas que antes diziam respeito ao Direito Civil, estariam apenas especificando temas decorrentes do tronco comum; crescendo o Direito Privado e não esvaziando.

A partir dos fenômenos ora mencionados (constitucionalização e decodificação) verifica-se que metodologicamente o Direito Civil não é o que está no Código e foi consagrado pela modernidade, mas sim um sistema civilístico diverso, que deve ser interpretado com valores constitucionais e a partir de legislações esparsas, além do Código Civil, tendo como pressuposto primordial a “pessoa”⁵³.

50 AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El derecho civil a finales del siglo XX...*, ob. cit., p. 109.

51 QUINTANA, Juan Manuel Pascual. *En torno al concepto del derecho civil...*, ob. cit., p. 109.

52 QUINTANA, Juan Manuel Pascual. *En torno al concepto del derecho civil...*, ob. cit., p. 51-54.

53 O atual sistema de direito civil deve ser elaborado através de estudos, como o que

5. O RENASCER DO DIREITO CIVIL E A METODOLOGIA DA CODIFICAÇÃO: O DESCOMPASSO

Os fenômenos da constitucionalização e decodificação tentaram manter vivo o Direito Civil e próximo ao que se propunha na modernidade, mas não se tratam de metodologias únicas e suficientes para sanarem todas as crises que perpassaram esse Direito que visava regulamentar a vida dos entes privados.

Caminhando no sentido de resgatar o Direito Civil e descobrir uma metodologia suficientemente eficaz para reestruturação deste Direito Privado (que pretende regular as relações das pessoas, individual ou coletivamente, entre si e com a sociedade em geral, através de uma metodologia que possa colocar como ponto central a discussão novamente sobre a pessoa⁵⁴), após os fenômenos da constitucionalização e decodificação, o Brasil escolheu como metodologia a lógica oitocentista da codificação e nos primeiros passos do terceiro milênio, a sociedade brasileira se deparou com um “novo” Código Civil.

Um Código individualista, impondo a universalidade do século XIX em uma sociedade de particularidades⁵⁵, que analisa

propôs Pietro PERLINGIERI: “individuar um sistema do direito civil harmonizado com os valores constitucionais e, antes de tudo, ao valor da pessoa humana; redefinir os fundamentos, as raciones e assim as extensões dos institutos, ressaltando-lhes seus perfis funcionais; adequar as técnicas e os conceitos tradicionais e sobretudo renovar funditus a argumentação jurídica, propondo uma teoria da interpretação respeitosa da legalidade constitucional”. (PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina de direito civil na legalidade constitucional...*, ob. cit., p. 8).

54 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...*, ob. cit., p. 722.

55 ROUANET apresenta um exemplo que bem demonstra tal colocação “a Revolução visara o homem em geral, e portanto, como correlato, o indivíduo abstrato, em vez de visar particularidades concretas, como os negos, as mulheres, os índios. O individualismo da Ilustração apagara todas as diferenças, esquecendo-se de que o homem só existe situado, como parte de uma comunidade, de um grupo étnico, de uma cultura” (p. 48-49) e finaliza o autor afirmando que “todos os atores combatem o universal, a partir de determinadas particularidades”. (ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 51).

o indivíduo dentro de sua própria coletividade; patrimonialista, apesar de toda a análise social e existencialista da Constituição Federal de 1988; jurracionalista, mantendo o objetivo de segurança jurídica e perenidade de um código, quando as críticas a ele realizadas no século XIX, haviam se concretizado e demonstrado que tal método era insuficiente e inadequado para o Direito Civil que se propôs à época e deverá se propor no presente.

Uma codificação “*sob as vestes de um projeto moderno, [com] premissas que iluminam o modelo passado*”⁵⁶, tentando instaurar a segurança jurídica própria da codificação em uma sociedade de insegurança⁵⁷.

Uma legislação que “*se preocupa, ao mesmo tempo, com a paternidade post mosterm de embriões excedentários e com a medieval enfiteuse*”⁵⁸, que adotou a teoria natalista para o início da personalidade, não obstante as tecnologias da reprodução assistida no século XXI, que permanece disciplinando regras para um sujeito de Direito individual, sem pensar no seu coletivo.

56 FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo...*, ob. cit., p. 16.

57 “Ainda que as modificações estivessem sendo gestadas desde há muito, é o século XX que vai marcar a superação do mundo da segurança. Século de diversos acontecimentos de forte repercussão nas estruturas sociais. As duas guerras mundiais, fazendo chegar, pela primeira vez, diretamente à população civil seus horrores, seja pela destruição e morte, seja pelo alto índice de convocação de homens para o *front*, abrindo caminho para a inserção da mulher no mercado de trabalho. A revolução bolchevique e o receio dos países ocidentais de um alastramento das idéias revolucionárias, gerando uma nova estruturação às forças produtivas e o reconhecimento de novos direitos. O reconhecimento, pela ordem jurídica, da figura feminina. O surgimento de novos atores políticos, apresentando reivindicações que passam a ser atendidas pelo Estado, com a conseqüente diluição das fronteiras que o separavam da sociedade civil. Os avanços tecnológicos, abrindo novas possibilidades para a compreensão da existência humana e novas reflexões sobre esta mesma existência. As virtualidades, criando uma nova dimensão de tempo e espaço. A massificação da sociedade, agora uma) sociedade de consumo. O fim das fronteiras nacionais. A hipótese da guerra nuclear e o perigo de extinção da humanidade. Uma nova consciência ambiental. Marcas de um novo tempo. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As 4 fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 45. Curitiba: UFPR, 2006, p. 101)

58 FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo...*, ob. cit., p. 13.

Portanto, uma legislação que pouco se adequou ao século XXI, mantendo situações superadas e muito criticadas no passado que já se viam inadequadas para o presente, o que dirá para o futuro.

A metodologia superada durante o século XX foi resgatada, sem justificativa, no século XXI, através de um projeto de lei resultante dos meados do século XX, época mais sombria da política brasileira, que estava imersa em uma ditadura repressora e intransigente, que em virtude do tempo de tramitação da nova legislação, foi publicada com incongruências com as legislações esparsas e até mesmo com a Constituição Federal de 1988.

Portanto, é um Código inadequado para as ideologias do século XX e do século XXI, inadequado para as necessidades sociais e até mesmo para com a legislação vigente, retomando a crise do Direito Civil, por tentar impor institutos já superados e não mais utilizados.

Não tem o caráter de codificação, não se pretende a durabilidade, a sistematização, a inovação que se propunha à época das codificações, “*Quando muito é uma lei, apesar de mais ampla, ao lado de outras leis com as quais tem de concorrer ou para as quais tem de ceder o espaço*”⁵⁹.

As discussões anteriores não possuíam as proporções que hoje assolam o direito civil, eis que anteriormente, resolvia-se colocando ao Estado um aumento de suas funções estatais dentro da esfera privada⁶⁰, mas, atualmente, o próprio Estado está em crise, “*a operação plástica que o neoliberalismo deseja fazer-lhe não lhe poderá curar a alma*”⁶¹.

E com o Estado em crise, legitimar uma metodologia positivista é ainda mais difícil.

59 LÔBO, Paulo. *Direito civil...*, ob. cit., p. 29.

60 MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Os direitos invisíveis...*, ob. cit., p. 308.

61 MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Os direitos invisíveis...*, ob. cit., p. 331.

Diante de todas as críticas é fácil perceber que o Código não conseguiu superar a crise do Direito Civil, “o futuro da ciência do direito privado está ainda na sombra. Ela tem ainda muito que fazer para, numa sociedade em mutação, afirmar ou readquirir a sua situação de outrora”⁶².

Apesar de todas as críticas pertinentes e cabíveis ao caso, o que se percebe é que com a vigência da legislação, a doutrina e jurisprudência reiniciou o processo de adequação da legislação à Constituição, adequando à metodologia mencionada no tópico anterior, de que o Direito Civil não é o que está no Código e foi consagrado pela modernidade, pois se trata de um sistema civilístico, composto pelos valores constitucionais, legislações esparsas e um Código Civil, seja ele do início do século XX ou do início do século XXI.

A metodologia aplicada para aquele Código do século XX pode ser aplicada para este do terceiro milênio diante das poucas diferenças presente em ambos. Neste “novo” não foram utilizados os princípios constitucionais existentes, cabendo ao intérprete realizar a (re)constitucionalização do Direito Civil⁶³.

Tentou ampliar o Direito Civil, seguindo a pretensão de Antonio Teixeira de Freitas no século XIX, unindo o direito empresarial e o direito civil, como se ambos fizessem parte de um único Direito Privado. Inovou nas cláusulas gerais, mesmo tendo mantido os *numerus clausus* da propriedade, o que permite uma adaptação para melhor adequação à sociedade atual.

Mesmo sendo poucas as inovações nele constantes (ou quase nada), nos últimos dez anos, o que se percebe é um aumento dos estudos doutrinários e da independência jurisprudencial, diante da metodologia construída durante o século XX, qual

62 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...*, ob. cit., p. 722.

63 Como afirmado por Gustavo TEPEDINO *in* Introdução: crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva constitucional*, 3ª ed. Gustavo Tepedino [coord]. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XXI.

seja, o afastamento da codificação, elaborando um sistema de Direito Civil com base nos princípios constitucionais e legislações esparsas.

Se algo existe para se comemorar nos últimos dez anos, é o despertar doutrinário, que cada vez tem mais contribuído para com a interpretação da legislação civil existente, especialmente, para a (re)constitucionalização do Direito Privado existente.

Esta metodologia que estava restrita a determinados Tribunais e escolas brasileiras, diante da codificação em pleno século XXI, espalhou-se e tem se consagrado cada vez mais, doutrinária e jurisprudencialmente, eis que como nunca é necessário obter uma interpretação sistêmica do Direito Civil, afastando-se cada vez mais do Código, para se aproximar mais da sociedade do terceiro milênio.

Espera-se que a interpretação doutrinária e jurisprudencial construam um Direito Civil que coaduna com a sociedade do terceiro milênio e permita que “*o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na baixa Idade Média.*”⁶⁴

6. CONCLUSÃO

O Direito Civil da modernidade pretendia regular todas as relações travadas pelo indivíduo, preocupando-se, pelos seus próprios ideais fundantes, com o nascimento desta pessoa, o seu patrimônio e as relações de transmissão desempenhadas por pactuações ou laços familiares.

Assim, através do método da codificação foi disciplinado o contrato, a propriedade e a família, todos definidos através do que era considerado juridicamente relevante.

No século XX, em uma sociedade que deve ser fundada em particularidades definidas por coletividades de pessoas, um

64 FACHIN, Luiz Edson. Lei nova e velhos problemas. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333.

método legislativo baseado no indivíduo (definido de forma universal) e suas relações patrimoniais mostra-se ultrapassado e insuficiente para o que se pretende que é regular as relações sociais dessas pessoas.

Um método que nega juridicidade a relações existentes, mas para as quais não são atribuídos efeitos jurídicos; um método que não consegue regular direitos coletivos, mas tão somente individuais; um método que não está adequado ao Direito Civil existencialista; não é um método adequado para a sociedade que estava se formando no século XX.

Constatada a crise da codificação, que atingiu o próprio Direito Civil, eis que este falhou nos propósitos que lhe foram impostos na modernidade, não conseguindo regular todas as relações sociais entre os privados, o método foi superado pela decodificação, através da criação de legislações específicas, tentando dar efeitos jurídicos às situações existentes e que não eram consideradas jurídicas pelo Código, bem como pela constitucionalização que criou o que se denomina de Direito Civil constitucional.

Os fenômenos da codificação e da constitucionalização revelaram que o Direito Civil não era o Código Civil, mas que se tratava de um ramo do Direito que teria a matéria central da pessoa (não mais indivíduo), baseado em um sistema de normas e princípios, que pudessem regular e se adequar às efetivas necessidades sociais, mantendo-o vivo.

Sistema que seria integrado pela Constituição Federal de 1988, a codificação de 1916 e as legislações esparsas. Sendo que os dois primeiros teriam a preocupação com a pessoa e temas centrais do Direito Civil. Essa seria foi a metodologia adotada na tentativa de superar a crise que se instaurou durante o século XX, afastando-se do Código e criando um sistema civilístico composto pela Constituição, codificação e legislações esparsas.

Caminhando em sentido oposto, nos primeiros anos do século XXI, o Brasil retomou a metodologia ultrapassada e retrógrada do século XIX e com fundamento no individualismo,

racionalismo e patrimonialismo, o Direito Civil foi recodificado em uma legislação que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003.

O método que estava superado retornou, sem qualquer justificativa e sem atender as oposições que lhe foram feitas, contrariando as constatações de que codificar não era – e não é – a solução adequada para o Direito Civil.

Além de se tratar de um método superado, o seu projeto não estava adequado às legislações da época da sua publicação, o que instalou a necessidade de (re)constitucionalização do Direito Civil.

Após a publicação da codificação, que possui como inovações as cláusulas gerais, que impõem a necessidade de interpretação pelo jurista, verificou-se uma maior preocupação doutrinária e jurisprudencial com o tema. Como consequência, o fenômeno da constitucionalização foi aderido por cada vez mais doutrinadores e Tribunais, defendendo e aplicando um Direito Civil constitucional.

Um Código Civil em pleno século XXI permitiu o despertar de que efetivamente a codificação é insuficiente.

Se a constitucionalização estava restrita a determinadas escolas brasileiras, após a codificação, este fenômeno se difundiu e hoje é possível verificar julgamentos mais adequados à realidade, mesmo que atrelados a um Código, cujo método é retrógrado e ultrapassado, mas porque é aplicado com o fundamento da (re)constitucionalização, da metodologia dos princípios constitucionais e não simplesmente da metodologia codificadora.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínés. *El derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Ed., 1996.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Carlos Eduardo Lima Machado [trad.]. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. **Teoria geral do direito civil**. Separata da revista da faculdade de direito. Lisboa, 1988.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As 4 fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 45. Curitiba: UFPR, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y derecho**. Bogotá: Editorial Temis S/A, 1993.

HESPANHA, Antonio M. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

_____. **Prática Social, Ideologia e Direito nos séculos XVII a XIX**. Separata n.ºs 340 e 341-342. Coimbra: 1972.

IRTI, Natalino. **Codice civile e società política**. Roma: Laterza, 1995.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Melo. *In* DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Melo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino [org.]. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito civil: parte geral.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. O Direito e o Desenvolvimento Sustentável – teoria geral do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** v. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para Agir.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global.** Francisco de Oliveira e Maria Celia Poli [org.]. Petrópolis: Vozes, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais.** vol. 779. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina de direito civil na legalidade constitucional. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** Gustavo Tepedino [org.]. São Paulo: Atlas, 2008.

QUINTANA, Juan Manuel Pascual. **En torno al concepto del derecho civil.** Salamanca: Universidad de Salamanca, 1959.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade: ensaios.** 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Introdução: crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva constitucional**, 3ª ed. Gustavo Tepedino [coord]. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VILLEY, Michel. **A Formação do pensamento jurídico moderno**. Claudia Berliner [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Antonio Manuel Botelho Hespanha [trad.]. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Recebido em 06/01/2013.

Aprovado em 04/03/2013.