

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 O sistema misto implantado no novo Código Civil: o direito como sistema e o direito como problema

Wellington Pereira

Acadêmico de Direito – Estagiário do Ministério Público

1. A civilística do século XIX e o direito como sistema.

As grandes codificações surgiram no século XVIII, no contexto do Estado Liberal, que teve no racionalismo seu paradigma filosófico. A característica desse modelo filosófico foi a exaltação da razão humana, acreditando que através do exercício racional o homem alcançaria a excelência em todos os aspectos da atividade humana. Foi nesse ambiente que surgiram as codificações, porquanto o Estado assumiu o monopólio da produção legislativa.

O Código Civil de Napoleão de 1804 e o Código Civil alemão, de 1900, representaram o ideal de totalidade normativa pretendida pelo legislador, que imaginava que poderia prever nesses diplomas legais todas as situações e vicissitudes sociais.

Com o surgimento das grandes codificações, passou-se a compreender o direito como um sistema. E duas escolas contribuíram para essa concepção do ordenamento jurídico.

Na França, após o surgimento do Código Civil, teve início um movimento denominado de Escola da Exegese. Para esse movimento, o direito era um sistema de regras estruturadas segundo os corolários da dedução¹. O sistema é entendido na ciência jurídica como *um conjunto de prescrições harmônicas que regulam de forma completa a totalidade da vida humana e que ainda guardam uma relativa independência entre si*².

Em outros termos, a Escola da Exegese compreendia a Lei como fonte suprema de todo o Direito e o Código como um sistema unitário, coeso e completo de normas jurídicas. Caberia ao seu usuário somente a tarefa de aplicar o que está prescrito e, sua aplicação se daria nos moldes do *pensamento sistemático: para cada caso surgido na realidade, a solução já estava pronta, bastando apenas aplicá-lo por um processo meramente dedutivo*³.

Percorrendo um caminho oposto, na Alemanha, surgia a Escola Histórica do Direito. Para ela, a razão não era o fundamento do direito, mas, como dizia Savigny, seu principal representante, o fundamento é o *espírito do povo*.

Por compreender o direito como fruto das práticas culturais de determinado povo e para dar sustentação à sua tese, esse movimento enveredou-se num cientificismo que engessou o direito em um rígido formalismo, consistente em criar conceitos demasiadamente abrangentes que em nada refletiam a realidade. Com isso, a aplicação do direito não passava de um

processo lógico-dedutivo.

A característica comum a essas duas escolas é a compreensão do direito como sistema. Entretanto, um sistema fechado, exaustivo, que antevê todos os prováveis problemas que podem surgir na sociedade e aprioristicamente dar a solução.

2. O Novo Código Civil - sistema misto. O Código de Bevilacqua foi formatado sob os moldes do Código Civil francês de 1804 e do Código Alemão de 1900 (BGB) e traduzia a ideologia do Estado Liberal.

No entanto, no final do século XIX, o Estado Liberal dava lugar a um novo modelo político denominado Estado Social, que avançou, mas não rompeu totalmente com o paradigma anterior. O avanço se deu no que tange à abertura para a tutela de alguns interesses coletivos como os trabalhistas, os previdenciários e outros.

Foi nesse cenário de transição que o Código Civil brasileiro de 1916 entrou em vigor. Embora o Estado Social só tenha efetivamente se instalado no Brasil na década de 1930, ele já era realidade na Europa no final do século XIX.

Com o novo paradigma político, as mudanças sociais, políticas e jurídicas eram constantes, pois novos direitos surgiam, ora pela natural evolução social, ora pela pressão exercida por classes determinadas. E, com tais mudanças, ficou evidente, o descompasso entre o sistema fechado do Código Civil e as demandas sociais.

Em decorrência de tantas transformações, o modo de pensar sistemático já não corresponde com a realidade e começa a ser questionado. E, em meados do século XX, Theodor Viehweg escreve *Tópica e jurisprudência*. Nesse livro, são lançadas as bases do pensamento problemático.

O pensamento sistemático opera uma seleção de problemas que tem sua solução previamente determinada. Já o pensamento problemático não parte de um sistema para o problema, mas de um problema específico e busca soluções adequadas para solucioná-lo. Assim dispõe Viehweg: “A constante vinculação ao problema impede o tranqüilo raciocínio lógico para trás e para diante, quer dizer, a redução e a dedução. Vemo-nos constantemente perturbados pelo problema”⁴.

O pensamento problemático não é contrário à concepção do direito como sistema, pois ele busca no sistema a melhor solução para o caso concreto.

Nesse contexto de mudanças; podemos destacar, como a mais importante ocorrida no Brasil, a introduzida pela Constituição de 1988, que declarou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito rompe radicalmente com a concepção liberal individualista burguesa⁵ e busca a efetivação material dos direitos fundamentais, pautada na dignidade da pessoa humana.

Destarte, o pensamento problemático apresenta-se como método legítimo para pensar o Direito no Estado Democrático, pois contribui para que os indivíduos interessados na solução de determinado problema participem do discurso que busca sua solução, *sobretudo em realidades complexas e nas situações em que várias fontes concorrem para reger um determinado caso*⁶.

Mesmo que o legislador brasileiro tenha optado por manter o sistema da codificação com a promulgação do Código Civil de 2002, observa-se que a sistemática do Novo Código seguiu orientação mista, pois manteve a sistemática codificada, mas adicionou a ele as bases do pensamento problemático. Assim, o Código Civil de 2002 não deve ser visto como um sistema fechado, exaustivo.

A nova técnica legislativa adicionou ao sistema conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais dando ao Código Civil de 2002 uma composição mista. Nelson Nery

demonstra que o legislador brasileiro criou um sistema misto para o Novo Código Civil ao criá-lo de acordo com a técnica legislativa moderna.

Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilidade e rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo. Como um Código Civil, pela sua magnitude, não pode fundar-se apenas em cláusulas gerais, o método casuístico também foi bastante utilizado, notadamente no direito das obrigações, de modo que podemos afirmar que o Código civil seguiu técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais. Foi essa técnica legislativa a que foi adotada pelo nosso Código Civil de 2002⁷. (NERY, 2003, p. 398-444).

O legislador brasileiro compreendeu que, na atualidade, o sistema fechado não atenderia à demanda social e um código civil nesses moldes estaria fadado ao descompasso com a realidade. Por isso, o sistema misto credencia o Novo Código Civil a cumprir seu papel como gestor das relações privadas e o coloca em harmonia com a diretriz constitucional.

Notas:

¹ FIUZA, Cezar. **Crise e interpretação no direito civil**. In: FIUZA, Cezar; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

² GALUPPO, Marcelo Campos. **O Direito Civil no contexto do positivismo jurídico**: a questão do sistema. In: FIUZA, Cezar; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 163.

³ SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. **Teoria do método jurídico**: a contribuição de Theodor Viehweg. In: FIUZA, Cezar; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 81.

⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 39.

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: uma novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

⁶ SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. **Teoria do método jurídico**: a contribuição de Theodor Viehweg. In: FIUZA, Cezar; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 88.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil**: apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO. **O Novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTR Editora, 2003. p. 398-444.