

Fenômeno da Codificação e raciocínio jurídico atual. Técnicas legislativas. Cláusula geral.

Roteiro de apresentação

Participantes:

Marcos Leal de Moraes Santana – n. USP 10775532

Rodrigo Marchetti Ribeiro – n. USP 10776464

Camilla Cristina Sposato Louzada - 10792319

1. SCHMIDT, Jan Peter. Codification. In. BASEDOW, Jurgen. HOPT, Klaus. ZIMMERMAN, Reinhard (orgs.). The Max Planck Encyclopedia of European Private law, v. 1, London: Oxford, 2012.

1.1. Conceito antigo, mas que possui conotação moderna cunhada por Jeremy Bentham como “técnica legislativa de união de todo um campo do direito de forma clara, sistemática e compreensiva”.

1.2. Tradicionalmente, é uma técnica legislativa que deriva da lei criada pelo Estado, e não por qualquer ente. Por isso, instrumentos de soft law como a UNICITRAL e os Princípios da Lei Europeia não são considerados códigos.

1.3. A origem da ideia de codificação remonta da insatisfação geral da escola humanista frente ao Corpus Juris Civile entre o século XVII e XVIII, que era visto como um compilado não claro nem coeso. A insatisfação também existia frente a contradição das leis até então existentes.

1.4. A solução do problema começou fundada na Law of Reason (jusnaturalismo), (i) segundo o qual o Estado era visto como criado por um contrato social e, assim sendo, deveria assegurar a proteção de direitos naturais¹; (ii) que trouxe a ideia de um método de organização legal através de “rigorous logical-mathematical deduction”.

1.5. A ideia de Codificação também veio acompanhada do objetivo de todos homens “be their own lawyers”, isto é, as leis devem ser acessíveis ao povo, e não obscuras e confusas, como era na idade Média. Esta ideia conseguiu apoiadores principalmente na Prússia e Austria, onde os monarcas eram relativamente progressistas. Neste sentido, o objetivo era de que as leis fossem serem públicas.

1.6. Historicamente, a primeira fase da Codificação veio no começo do século XVIII, com o Allgemeines Landrecht (1794) e o Code Civil Français (1804), por exemplo. Entretanto, com o fim do reinado de Napoleão, a ideia de codificação retrocedeu. À época, existiam opositores ao processo, como Friedrich Carl von Savigny, segundo o qual a Codificação era uma arbitrária e não orgânica interferência. Somado a esta oposição, também existia um setback político: Alemanha, Suíça e Itália ainda não eram unificadas.

1.7. Foi só com a segunda fase de Codificação, na segunda metade do século XIX, que o processo efetivamente foi aderido. Outras ondas da codificações também ocorreu nos anos 1920, nos países socialistas, e nas colônias europeas na América Latina e Norte da África.

¹ Neste ponto, pode-se apontar a ideia de John Locke, segundo o qual a função do legislador era o estabelecimento de uma “standing rule to live by”. Posteriormente, essa ideia inspirou o utilitarismo de Bentham (“the purpose of any legislation must be to promotethe greatest happiness of the greatest number”).

1.8. Na Inglaterra, o processo falhou. Sempre houve muito “scepticism towards the method of submitting entire areas of law to abstract rules, but is also to be explained with their fear of losing power and influence”. Nos EUA a ideia foi mais aceita.

1.9. Há quem diga que desde a segunda metade do século XX estamos vivendo a era da decodificação (Natalino Irti). Isso porque, apesar da ideia da codificação ser unificar as leis, vivemos um momento de criação de inúmeros estatutos e outras leis paralelas, guiadas por outras leis ou conceitos que não presentes nos códigos (“piecemeal legislation”). Além disso, a casuística/jurisprudência também vem tornando diversas disposições dos códigos obsoletas. O autor também aponta o fato das constituições modernas assumirem funções de tutela de direitos fundamentais como um motivo desta decodificação, bem como a crescente sistematização da lei supranacional.

1.10. Além destes pontos, o fato dos legisladores não entenderem da área e da forte pressão de lobbyists também influi significativamente na decadência da ideia de uma codificação única. Sobre esse ponto, o autor aponta que “legislature needs to exercise self-restraint and leave the task of further developing the law to a considerable amount to the judiciary and to legal science. This aim can not only be achieved by employing abstract or indeterminate legal concepts, but also by consciously leaving ‘gaps’”.

1.11. A principal crítica ao processo de codificação, nos dias de hoje, é a ideia que o regramento jurídico deve acompanhar as constantes e rápidas mudanças da sociedade e seus problemas. Códigos tendem a engessar as soluções jurídicas.

1.12. Os defensores do processo argumentam que os códigos ainda são úteis para criar uma certa sistematização dos diversos regulamentos e lei (“tidy up”).

2. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. em port. de A. M. Botelho Espanha, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 543-548.

2.1. Os pressupostos espirituais e sociais da época da codificação estão expressos no código, internamente e, também, na forma externa da lei.

2.1.1. O BGB corresponde ao ideal positivista, i.e., codificação plena (codificação final e exaustiva da matéria) e estrita vinculação do juiz a lei. Entre o BGB e o jusnaturalismo insere-se a sistemática da pandectística. A generalização do BGB corresponde a uma elevada disciplina conceitual e sistemática. A economia espiritual e clareza harmônica do BGB, porém, não são obtidas exatamente a partir desta disciplina.

2.2. Os problemas da abstração geral: o que se ganha com a abstração se perde com a existência inevitável de posterior regulamentação, em razão da inacessibilidade das regras. Ademais, a generalização favorece a perda de unidade e o obscurecimento dos problemas concretos.

2.3. Uma solução entre a abstração empobrecedora e a casuística com as cláusulas gerais, que são linhas de orientação que se dirigem ao juiz o vinculam e, simultaneamente, lhe dão liberdade. É uma concessão do positivismo à autorresponsabilidade dos juízes e uma ética social trans positiva. O legislador, com elas, transforma seu trabalho em algo mais apto a durar. A jurisprudência civilista alemã preencheu, após a primeira guerra mundial, as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social.

2.3.1. Da dogmática rigorosa, dá-se uma fuga para as cláusulas gerais e para uma jurisprudência voltada para a justiça e liberta da obediência aos princípios. Em épocas de degenerescência, há a possibilidade de o juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou as tendências moralizantes contra a letra e espírito da ordem jurídica. O uso inadequado das cláusulas gerais, por outro lado, atribui ao juiz uma responsabilidade social que não corresponde ao seu ofício.

2.3.2. A cláusula geral não permite, mas ao mesmo tempo não esvazia de sentido, a atividade de subsunção de conteúdos jurídicos. Enquanto a teoria do Direito não desenvolver uma técnica para o seu uso, ela é um perigo crescente para a ordem jurídica.

2.4. Os aspectos positivos da técnica do BGB são: disciplina conceitual, clareza pedagógica, validade geral e rigor e coerência interna. Os aspectos negativos que se aponta são: falta de transparência e falta geral de compreensibilidade, desprezo dos imperativos éticos, renúncia a uma ação educadora na sociedade. No fundo, esse debate é entre dois destinatários do código: o juiz cientificamente formado ou o popular. Esta opção popular, porém, de fazer do BGB uma “bíblia temporal do povo alemão” seria uma “quimera romântica ou demagógica”.