

# O PROCESSO DE DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UM ESTUDO COMPARADO DA ASCENDÊNCIA NO BRASIL E NA FRANÇA

## THE PROCESS OF DECODING IN THE CIVIL CODE: A COMPARATIVE STUDY OF ITS ASCENDENCE IN BRAZIL AND IN FRANCE

Anna Clara Murta de Carvalho **1**  
Maria Clara Wotkosky Marchini **2**  
Sarah Vecci Alcuri **3**

**Resumo:** O presente artigo tem como foco principal analisar o fenômeno contemporâneo da fragmentação de unidade da organização jurídica, intitulado descodificação. Fato inquestionável é que o Código Civil Brasileiro se trata do centro normativo da sociedade, mas, ao seu redor, vigoram os “microsistemas”, que zelam por aspectos jurídicos mais específicos. Isso porque o intuito dessas ramificações é manter o Direito sempre atualizado e condizente com os interesses sociais, o que justifica a elaboração de mini códigos e estatutos. Sendo assim, buscar-se-á analisar a influência do Juspositivismo, do Jurnaturalismo, do Ativismo Judicial e do “direito achado na rua” no cenário jurídico brasileiro atual, em contraposição com o contexto da França (outra nação referência no processo da descodificação), por intermédio da metodologia descritiva e dedutiva, consubstanciada na doutrina e nos códigos legais, para apresentar este recurso dinâmico como artefato disciplinador de questões específicas não abordadas no Código Civil, advindas das constantes mudanças sociais.

**Palavras-chave:** Descodificação. Jurnaturalismo. Ordenamento Jurídico. Juspositivismo. Código Civil.

**Abstract:** The main focus of this article is to analyze the contemporary phenomenon of the fragmentation of legal organization unit, entitled decoding. An unquestionable fact is that Brazilian Civil Code is the normative center of society, but, around it, the “microsystems” prevail, which watch over more specific legal aspects. This is because the purpose of these ramifications is to keep the Law always updated and consistent with social interests, which justifies the elaboration of “minicodes” and statutes. Therefore, we will seek to analyze the influence of Juspositivism, Jurnaturalism, Judicial Activism and the “right found on the street” in the current Brazilian legal scenario, in contrast to the context of France (another reference nation in the decoding process), through descriptive and deductive methodology, embodied in doctrine and legal codes, to present this dynamic resource as a disciplining artifact of specific issues not addressed in the Civil Code, resulting from constant social changes.

**Keywords:** Decoding. Jurnaturalism. Brazilian Legal Order. Legal Positivism. Civil Code.

- 
- 1** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estagiária na Presidência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6209014203186592>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5286-2583>. E-mail: [anna.m.carvalho@edu.ufes.br](mailto:anna.m.carvalho@edu.ufes.br)
  - 2** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estagiária no Núcleo de Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública do Espírito Santo (DPES). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2058126313631760>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0801-6843>. E-mail: [maria.marchini@edu.ufes.br](mailto:maria.marchini@edu.ufes.br)
  - 3** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estagiária na 8ª Promotoria de Justiça Cível de Vitória (MPES). Membro do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (UFES - CNPq) e do Grupo de Pesquisa Núcleo de Práticas Processuais (CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2567735405824213>. E-mail: [svalcuri@uol.com.br](mailto:svalcuri@uol.com.br)

## Introdução

Fato inquestionável é que a humanidade vive em constante transformação nos mais variados âmbitos e, tendo em vista que o Direito atua com o intuito de garantir a segurança da organização social, os processos de codificação, recodificação e descodificação das leis se fazem presentes em diversas nações e exercem um papel fundamental na adequação das normas legais às evoluções de cada povo.

O foco do presente artigo será o movimento de descodificação. Nesse sentido, apresentaremos a maneira por meio da qual essa vertente vai de encontro à corrente tradicional e majoritária (a codificação), cessando gradativamente seu domínio ao propor uma nova sistematização legal, mais adequada ao complexo mundo contemporâneo e globalizado.

Todavia, é importante ressaltar que o Código Civil (Brasil, 2002) não deixou de ser o centro do ordenamento jurídico privado. O que ocorreu foi que os “microssistemas”, antes utilizados apenas para regular pontos isolados previstos no Código já citado, passaram a disciplinar, de forma particular, novas questões que não se encontram englobadas no referido conglomerado normativo.

Através da evolução histórica dos Códigos, enfatizando o papel do Jusnaturalismo e do Juspositivismo nesse processo, além do ativismo judiciário, do “direito achado na rua” e as principais correntes relacionadas à essas transformações, por meio da metodologia descritiva e dedutiva, baseada em doutrinas e nos códigos legais, destacaremos o vigor do movimento de descodificação nas normas brasileiras, evidenciando também a presença deste na França, outro país destaque no cenário de evolução normativa, tendo em vista as influências histórica e universal do Código Napoleônico.

Dessa maneira, o seguinte trabalho terá como intuito demonstrar como esses mini códigos e/ou estatutos, juntamente com o Código Civil, cada qual com sua respectiva importância, trabalham conjuntamente na missão de manter o ordenamento jurídico nacional atualizado e condizente com os interesses contemporâneos.

## Um breve esboço histórico dos códigos brasileiros e franceses, suas origens, correntes relacionadas e seus efeitos legais

Com o intuito de adentrar à temática do presente artigo, é necessário, primeiramente, explorar o contexto que deu origem ao desenvolvimento dos Códigos atualmente vigentes, bem como os desdobramentos desse cenário. Além disso, é preciso estabelecer uma comparação entre o direito vigente na França, o principal país alavancador da codificação e dos seus processos subsequentes, e o direito do Brasil, com o objetivo de compreender as sociedades políticas e culturais que moldaram as normas jurídicas atuais e da época, uma vez que são fatores vitais para a existência dos distintos sistemas que regem essas nações democráticas pós-contemporâneas.

Dando início a essa linha do tempo, na Antiguidade Clássica (VIII a. C. a V d. C.), momento referência no que diz respeito à origem do direito, a organização social era regida pelo direito consuetudinário (costumes e tradições), e as decisões políticas eram tomadas publicamente pelos cidadãos livres, na Ágora. Até que, no ano de 451 a. C., surgiu em Roma uma mudança pioneira para a transformação dos costumes em normas escritas: a Lei das Doze Tábuas, documento produzido por um grupo de plebeus com o intuito de ampliar o conhecimento jurídico e a democratização das regras da época.

É diante desse marco que a “Família Romano-Germânica de Direitos” ou o “Sistema de *Civil Law*” surgiu, em um ordenamento jurídico baseado nas leis escritas (positivadas) e suas interpretações, levando os países influenciados e colonizados a serem integrantes deste sistema que, ao longo dos séculos, se tornaria expoente no processo de codificação e nas demais vertentes relacionadas.

Posteriormente, no século XVIII, houve grandes mudanças no âmbito político-ideológico com o surgimento do Iluminismo, corrente antiabsolutista que buscou a ampliação do papel da razão, da liberdade e dos direitos naturais, e se tornou relevante a ponto de incitar a formação do

“Despotismo Esclarecido”: a falsa conciliação entre o monopólio monarca e o Iluminismo, que visou manter um maior índice de aprovação popular e garantir a manutenção do poder. Por essa razão, dada a insegurança de que o poder fosse dissipado, originou-se o primeiro Código Civil moderno (o Código Prussiano de 1794), para unificar um conjunto de normas que atribuíam maior poder ao Judiciário.

Nesse contexto, a França ganhou destaque com o Código Napoleônico de 1804. Napoleão Bonaparte, imperador consagrado historicamente, deu continuidade aos ideais iluministas que influenciaram a Revolução Francesa e convocou, simultaneamente, diversos embates militares por quase todo o continente europeu, que difundiram os princípios liberais e garantiram a centralização, através de uma Comissão redatora, para que, em 1804, fosse outorgado o primeiro Código Civil francês, também chamado de *Code Civil* ou *Code Napoléon*. Com o auxílio de especialistas em direito romano e em direito consuetudinário, o Código Napoleônico foi fundamental para tornar a França pioneira em um sistema efetivo de leis escritas baseado em anseios democráticos e justos.

No outro extremo do Oceano Atlântico, a história brasileira apresenta um enredo desenvolvido em torno de um longo processo de colonização e dependência estrangeira, que só possibilitou a abertura para ideais nacionalistas e nativas a partir do século XIX, com o fim da relação metrópole-colônia. Nesse sentido, pouco após a independência do Brasil em 1822, a primeira Constituição Federal (1824) já abordava a necessidade de criação de um Código Civil e Criminal, para libertar o Estado das Ordenações Filipinas do século XVII, utilizadas desde a União Ibérica.

No entanto, o desenvolvimento de tal documento só foi iniciado em 1855 com Teixeira de Freitas, aprovado três anos depois, e denominado Consolidação das Leis Civis (Brasil, 1858). Contudo, a tentativa de alcançar o “livro ideal” não recebeu grande aprovação e a tarefa foi herdada por outras figuras históricas até ser atribuída para Clóvis Beviláqua, em 1899. O positivismo evolucionista recebeu grande destaque e foi acompanhado de outros princípios internacionais, dentre eles: o patrimonialismo, o patriarcalismo, o ruralismo e o liberalismo.

O perfeccionismo das discussões formais e políticas perdurou por mais de uma década, fazendo com que o sancionamento do Código Nacional só ocorresse em 1915, nas mãos do então presidente Venceslau Brás e, mesmo com o longo processo de melhorias, foi muito criticado por não incluir participação popular ou preocupações sociais, mas sim ideais burgueses e conservadores, que levariam à futura revogação do documento. Com o tempo, a organização legal não foi capaz de se sustentar e atender às demandas advindas dos cidadãos, diante da incompatibilidade entre a norma jurídica e a realidade, da incongruência entre o Código arcaico e o cenário de avanços, da discrepância entre o poder econômico dos mais abastados e das condições insalubres e desfavoráveis dos menos afortunados.

Um importante marco de contestação, considerado por Silvio Rodrigues como o primeiro (Rodrigues, 2003, p. 13), ocorreu em 1940, com a publicação do chamado “Anteprojeto de Código de Obrigações”, em que se analisou criticamente a Parte Geral das Obrigações, contida no Código de 1916 (Brasil, 1916). Outro aspecto fundamental se refere ao Direito de Família, positivado tendo como base o patrimônio, a religião e a existência das figuras materna e paterna, portanto, tratando-se de uma área autoritária. Além disso, a Constituição Federal (Brasil, 1988), trouxe lucidez sobre novos olhares diante do Direito Civil, reconhecendo a desigualdade material, que necessitou da intervenção estatal, repudiada pelo Código; o princípio da Dignidade do Homem e a função social da terra (propriedade).

Nesse raciocínio, o jurista Miguel Reale afirma que os movimentos de Anteprojeto buscavam mitigar o “excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as 4 referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos” (Reale, 1998, p. 28).

A partir da desarmonização entre o Direito e a prática, e do histórico de revogações de muitas normas, surgiu o Projeto de Lei nº 634/B (Brasil, 2001), que deu origem à Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, também conhecida como Código Civil de 2002 (Brasil, 2002). Em palestra na Academia Paulista de Letras, em Novembro de 2001, Miguel Reale enunciou os princípios que basearam a elaboração desta Lei:

A eticidade, implicante a substituição do formalismo verificado no código de 1916 por modelos hermenêuticos,

de modo a permitir a contínua atualização dos preceitos legais, (...) e valores éticos como a boa-fé, os costumes e a função social dos direitos subjetivos; a socialidade, que marca o objetivo de superação do individualismo jurídico, temperando a liberdade contratual com a função social do contrato, estatuidando o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, reduzindo os prazos de usucapião, valorizando a natureza social da posse e submetendo o direito de propriedade à sua função econômica e social; a operabilidade, estabelecendo soluções normativas facilitadoras da interpretação e aplicação do código, tais como, a clareza de distinção entre prescrição e decadência, a disciplina apartada das associações e das sociedades, a utilização de cláusulas gerais (boa-fé, probidade) e de preceitos de conteúdo indeterminado (onerosidade excessiva).

Além da eticidade, da socialidade e da operabilidade, outras referências devem ser ressaltadas como alicerces desse documento, a exemplo do dirigismo estatal, em oposição ao liberalismo que, sob as tendências do século XX, se contrapõe à participação dos entes públicos em aspectos como a economia; e o personalismo, que garantia a proteção do indivíduo, por meio da compensação chamada de “dano moral”, fato que não eliminou a existência do patrimonialismo.

Diante deste cenário construído por meio de uma evolução histórica, é possível perceber que, mesmo em diferentes séculos e países, os Códigos Civis ao redor do mundo formaram um vínculo de influência interdependente, sobretudo no que se refere à importância do Código Napoleônico para o Brasil.

Fato inquestionável é que os processos de sistematização e condensação do direito se fazem presentes em diversas fases da história mundial. Todavia, a vertente da codificação (primeira corrente que requer destaque no presente artigo) ganhou força no século XIX.

Em suma, a codificação se trata de um processo de compêndio, e seus benefícios estão associados aos fatos de que esta permite, de maneira prática, uma comparação com outros sistemas, facilitando a extração dos valores sociais das normas, simplificando o direito e também o seu entendimento. Portanto, através desta, as leis deixaram de ser esparsas e desconexas, e passaram a constituir uma junção de garantias jurídicas em um único corpo. Em contraposição, também tem como efeito a inflexibilidade do direito, que dificulta a sua evolução conforme o desenvolvimento da sociedade.

Nesse cenário, a Constituição Imperial Brasileira (Brasil, 1824), ao não diferenciar o Código Criminal do Código de Processo Criminal, por exemplo, pois via este como parte daquele, já englobava as regras processuais adjacentes à esfera criminal em si. A Lei de 29 de Novembro de 1832 (Brasil, 1832), por sua vez, pode ser considerada o marco divisor de águas nessa situação, pois foi responsável por promulgar o “Código do Processo Criminal de Primeira Instância”, que consolidou o projeto codificador para o âmbito penal. Todavia, o ápice desse movimento ocorreu nas décadas do século XX, com a aprovação do Código Civil de 1916 (Brasil, 1916).

No direito pós-moderno, a codificação atua como um processo de unificação de regras, ou seja, de normas e princípios, de maneira sistemática e racional, com o objetivo de regular a vida privada dos sujeitos de direito de forma permanente, apresentando soluções para quaisquer situações vividas nas relações entre particulares. Todavia, com o passar do tempo, constatou-se que se trata de uma missão impossível, pois faltam aos Códigos Civis as características da completude e da generalidade, cenário que culminou em uma verdadeira “Crise do Direito”. Mesmo assim, atua como um instrumento importante para afirmação dos valores da sociedade, sobretudo em épocas de instabilidade normativa.

Já a descodificação, temática central deste trabalho, se faz presente na etapa de crise, como já exposto anteriormente. Reflexo da evolução científica, social e histórica das populações, retomou-se um processo de fragmentação das fontes. Principalmente ao longo do século XX, tornou-se imprescindível regulamentar, fora dos Códigos, diversas outras questões que compuseram um elenco de normas esparsas, também intituladas de “normas extravagantes”. Esse período foi chamado de “Era da Descodificação”. Seu auge foi na segunda metade do século XX, com a

promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 (Brasil, 1988) e do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (Brasil, 1990).

Entretanto, esse desenvolvimento de leis especiais corroborou na origem de outros entraves, que colocaram em risco o funcionamento do sistema jurídico. Essa desintegração, propiciada pela descodificação, provocou uma saturação normativa, e os profissionais do direito, bem como a sociedade em geral, não souberam mais para qual código legal deveriam de fato direcionar seus olhares. Esse contexto provocou a retomada do debate sobre um novo modelo de concentração das fontes: a recodificação.

No início do século XXI, houve o retorno do processo de codificação, mas sob uma nova perspectiva, razão pela qual foi intitulado de movimento recodificador. Seu objetivo é “equilibrar” os códigos principais com as legislações extravagantes, integrando-os como partes componentes, mas que convivem ao redor do aspecto central. A recodificação brasileira teve início em 2002, com o Código Civil (Brasil, 2002), e seguiu ganhando força nos anos seguintes, com diversos outros novos códigos. Portanto, nesse contexto, o código principal atua como um “manual” de Direito, passível de consulta, que oferta ao operador jurídico diretrizes essenciais no caminho rumo à solução das lides judiciais, mesmo que esse trajeto esteja fora desse próprio instrumento.

Dessa forma, conclui-se que a codificação, a descodificação e a recodificação compõem um ciclo vicioso em todos os sistemas de *civil law tradition*, já que as ideias propostas por estes respectivos processos tratam-se de experiências constantes no desenvolvimento histórico em todo o globo.

No que se refere ao contexto histórico do movimento da descodificação, é importante ressaltar que este surgiu em contraposição ao processo codificador, que se trata da constante positividade do Direito pela regulamentação escrita e prescrição legal de condutas. Já a insuficiência, emergiu a partir da impossibilidade prática de assegurar e regulamentar plenamente e objetivamente todos os exercícios, direitos e condições humanas, diante do mundo contemporâneo: globalizado e tecnológico, além das infinitas possibilidades de reivindicações dos anseios sociais, que não são satisfatoriamente supridas pelos códigos atuais, e que criam, em conjunto com os outros fatores, essa necessidade conflitante de maior flexibilidade.

Dessa forma, com a defasagem da exclusividade sistemática e adoção cada vez maior do sistema misto (que une elementos de diversos conjuntos jurídicos diferentes em um só), revela-se, além da coexistência dos dois movimentos em meio às constantes atualizações dos Códigos (que impedem que a codificação se torne totalmente obsoleta), a maleabilidade do Direito em sua evolução através de movimentos cíclicos e alternados de concentração e de fragmentação ou dispersão das fontes (Delgado, 2012).

Então, o processo de descodificação, principalmente do Direito Civil, passou a ganhar uma maior relevância após as duas Grandes Guerras Mundiais, em um contexto de recuperação de uma Europa completamente destruída e em grave recessão. Assim, visando efetivar uma rápida recuperação, a descodificação se tornou presente através da adoção dos microssistemas, mecanismos de regulação específica para normatizar determinados assuntos a partir da crescente necessidade de alterações legais, cada vez mais específicas e em grande volume, reverberando, assim, o movimento de criação das legislações avulsas e aproximando o Legislativo à realidade.

Por fim, esse movimento, considerado uma “fuga dos códigos”, ressalta a necessidade de adoção de um processo legislativo mais célere (Morato, 2003, p. 15), do fenômeno diversificado da legislação avulsa com perda na centralidade do sistema de fontes e de uma tendência geral da evolução do Direito (Timm, 2012, p. 15-16), intensificado por novos fatores da era pós-moderna, como: a desconstrução da razão, a hipercomplexidade, a interação e as constantes revoluções na tecnologia, medicina, biologia e nos meios de comunicação (Nicodemos, 2016).

Dessa forma, conclui-se que o direito positivo é uma forma de valorar as tendências econômicas, sociais, políticas e culturais de uma época, visando adequar as normas aos ditames da vida cotidiana em sociedade. Logo, faz-se necessário sintetizar as perspectivas do Jusnaturalismo e do Juspositivismo como mecanismos que se contrapõem rumo à edificação do direito positivo.



## **Papel do jusnaturalismo e do juspositivismo no processo de descodificação**

Primeiramente, cabe conceituar o Jusnaturalismo e o Juspositivismo. A corrente jusnaturalista defende que o direito é independente da vontade humana: trata-se de um aspecto natural e tem como pressupostos os valores do homem, com o intuito de garantir um ideal de justiça. Surgiu a partir da secularização do pensamento político no século XVII, momento no qual os grandes pensadores passaram a buscar justificar o poder do Estado tendo como base o âmbito lógico da razão, apresentando uma ordem social representada pelos anseios da burguesia em ascensão. Nessa época, as evoluções econômicas e sociais promoveram mudanças na concepção de poder do Estado: este passou a ser visto como uma instituição originada através do consentimento dos humanos, por meio do denominado contrato social.

Há duas teses predominantes no Jusnaturalismo: a pressuposição de duas instâncias jurídicas (o direito positivo, ou seja, o fenômeno jurídico empiricamente constatável, a partir das fontes de direito; e o direito natural, a existência de um direito justo, representado por um valor transcendental ou metafísico de justiça) e a superioridade do direito natural em face do direito positivo, tendo em vista que este, enquanto representativo da justiça, serviria como referencial valorativo e ontológico, legitimando a ordem jurídica.

Nesse sentido, a doutrina jusnaturalista desempenhou o papel fundamental de destacar a necessidade de um tratamento axiológico para o Direito, pois permitiu uma tematização dos valores jurídicos, expandindo horizontes para o debate sobre a justiça e os critérios de assentamento de um direito justo. Portanto, abriu espaço para a origem do positivismo jurídico, compreendido como Juspositivismo.

O Juspositivismo, também chamado de positivismo ou positivismo jurídico, engloba uma linhagem de filósofos que usufruem do método empírico científico para conciliar o direito em sua positividade, ou seja, nas leis, construídas pelo poder político do Estado e, conseqüentemente, aplicadas pelas autoridades competentes. Em outras palavras, trata-se das normas impostas pelo Estado à coletividade, compatíveis com os princípios fundamentais do direito natural.

Sendo assim, em contraposição à vertente Jusnaturalista, o Juspositivismo defende que apenas pode existir o direito e, assim, a justiça, por meio de normas positivadas com poder coercitivo, as quais emanam do Estado e são criadas pelos homens através deste.

No cenário contemporâneo, este movimento continua mantendo sua característica de estar em constante evolução e, por isso, vem sofrendo uma crise no que se refere à sua manutenção, devido à fragmentação da unidade de organização jurídica com a implementação dos chamados microssistemas, em diversas nações do globo.

## **Desconsolidação do direito positivo frente à implementação dos microssistemas**

Tendo como base os tópicos anteriores, tornou-se evidente que o processo de desconsolidação do direito positivo está intrinsecamente interligado à fluidez dos princípios humanos, que provém de um certo contexto histórico, político e econômico. Assim, as revoluções tecnológicas e as crises, como guerras, quebra da bolsa de valores e inflações, exercem um papel singular na transformação do modo de pensar e exigem novas regulamentações. Assim, afetam diretamente a população que, por sua vez, irá naturalmente adaptar-se ao novo cenário em que se encontra, sem seguir de forma pragmática a Constituição Federal (Brasil, 1988) ou o Código Civil (Brasil, 2002), por vezes obsoletos.

Portanto, esta desconsolidação se trata da fragmentação da unidade de organização jurídica, originando os chamados microssistemas, dentre eles os estatutos ou mini códigos, que representam uma expressiva parcela do ordenamento jurídico brasileiro complementar e, juntamente com a legislação extravagante, são compostos por seletas normas regulamentadoras, direcionadas a determinado segmento. Esses possuem o objetivo de tornar os determinantes da vida civil mais práticos e claros, bem como manter o Direito Brasileiro (principalmente o privado) sempre

atualizado e condizente com os anseios da sociedade (Meneses, 2014).

Sob essa perspectiva, Caenegem (2000) pontuou:

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. Os perigos são reais, pois a experiência mostra que a compilação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente alcança êxito (Caenegem, 2000, p. 19).

Entende-se, então, que a dificuldade da codificação em estabelecer um pluralismo jurídico que seja simultâneo às diversas manifestações de diferentes comunidades fez surgir a descodificação. Sendo assim, nesta vigora um julgamento prático, um sistema de autodenominação, tanto de normas de convivência como de reivindicações de movimentos sociais.

Uma tese que confirma esse pensamento é a de José Joaquim Canotilho, o qual argumenta, em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, sobre a manutenção da inacessibilidade da população ao direito constitucional, pois este “é aquilo que os juízes dizem que é”, sem que tenha, portanto, uma garantia de que o que está positivado será efetivo (Canotilho, 1980), o que abre espaço para a influência de aspectos jurídicos paralelos, como o Ativismo Judiciário.

## **Ativismo judiciário como mecanismo propulsor da materialização do processo de descodificação brasileiro**

Trata-se de um fenômeno jurídico paralelo, que vem se destacando recentemente, e envolve uma maior atuação dos magistrados no Judiciário em contrapartida com a concepção passiva de “operantes do Direito”, a qual lhes é originalmente atribuída. O Ativismo Judicial se deve, em grande parte, pelo fato de que, atualmente, predomina a junção dos diversos sistemas jurídicos em um só, em uma mistura de 11 fontes, métodos, escolas, precedências e doutrinas. Sendo assim, o Ativismo Jurídico se refere ao cenário no qual o Judiciário legisla pela jurisprudência, a partir da utilização de uma maior hermenêutica nas decisões e de uma ampliada atribuição aos precedentes judiciais.

É necessário considerar também a mudança de paradigma no âmbito jurídico, causada pela inflexibilidade, impossibilidade de generalidade e completude das normas, que levam o Juiz a deixar de ser passivo para tornar-se um verdadeiro construtor do direito (Nicodemos, 2016). Desse modo, formam-se dois tipos de Ativismo: o difuso e o concreto, sendo o primeiro exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao apreciar ações que envolvem a constitucionalidade de determinadas normas, gerando efeitos sobre um número indeterminado de pessoas, e o segundo exercido pelos Juízes na análise de casos concretos, que costumam envolver direitos individuais ou coletivos (Freitas, 2021).

Ademais, vale pontuar que o fenômeno supracitado pode ser tanto benéfico quanto maléfico. No primeiro caso, ganha destaque devido à possibilidade de agilizar a Justiça ou quando se propõe a impulsionar os demais poderes a tomarem iniciativas prementes e necessárias. Já no segundo, sua importância se sobressai na interferência indevida dos magistrados nos outros Poderes do Estado (Freitas, 2021) e, também, nas decisões desuniformes para solução de lacunas legais que podem levar à insegurança e à instabilidade jurídicas (Nicodemos, 2016). Logo, conclui-se que submeter a estabilidade da lei às circunstâncias caracterizadas por uma mutabilidade cada vez mais acelerada das relações sociais se configura como uma conduta arriscada por parte do jurista (Morato, 2003, p. 4).

É fato que a codificação hoje não tem mais condições de desempenhar o mesmo papel totalizante e sistemático que desempenhava no passado, sem que fosse necessário recorrer ao legislador para que este venha a suprir constantes lacunas do ordenamento jurídico (Morato, 2003,

p. 23-24). Portanto, é imprescindível ressaltar que este fenômeno jurídico não ocorre apenas no Brasil, mas em diversos países, inclusive nos mais tradicionais, em que a criação do Código Civil influenciou outras nações, como a França. Sendo assim, para melhor entender este processo, serão analisados os aspectos em comum que levaram as nações francesa e brasileira ao movimento de descodificação.

## **Aplicação da descodificação: um paralelo entre as nações brasileira e francesa**

Em uma primeira abordagem, faz-se necessário reconhecer que, apesar de o Brasil e a França estarem sob o mesmo processo, a descodificação, estes se diferenciam em suas origens, como já ressaltado anteriormente ao longo do presente artigo. O Brasil recebia influência de correntes intelectuais europeias e, por isso, esteve atrasado por muitos anos para iniciar uma política com traços próprios, que representasse de fato o seu povo e as condições sob as quais este estava submetido, a exemplo da escravidão, do pacto colonial e do processo de aculturação dos nativos, experiências vivenciadas pela nação francesa, mas em posição de dominante, e não dominado.

Não há dúvidas no que se refere à influência do *Code Civil* francês como maior contribuição napoleônica para a cultura jurídica da Europa e, como reflexo, para diversas regiões do mundo. Todavia, além deste Código, também foram promulgadas outras quatro ramificações: o Código de Processo Civil, o Código Comercial, o Código Penal e o Código de Processo Penal, fortificando o traço descodificador deste país.

O *Code de Procedure Civile* teve origem em 1806 e o *Code de Commerce*, em 1807, abordando quatro temas: comércio terrestre, comércio marítimo, falência e jurisdição comercial. Este último foi instituído com a intenção de atuar como uma exceção perante o Direito Civil, pois aquele Código era visto como lacunoso por natureza (Lochrê, 1829, Carbasse, 2008, p. 117).

O *Code D'instruction Criminelle* (Código de Processo Penal), por sua vez, foi aprovado em 1808 e, por fim, o *Code Criminel* (Código Penal) foi promulgado em 1810. Seguindo essa linha de pensamento, adiante será analisada a ocorrência desse fenômeno no Brasil. Para tanto, Francisco Amaral apresenta um importante estudo:

Se a codificação é uma síntese histórica, a descodificação representa uma antítese. Se a codificação resulta do racionalismo jurídico europeu, a época atual, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o movimento e a pluralidade no direito, comprovando a 13 crise da unidade sistemática do direito civil, senão a própria recusa à ideia de sistema (Amaral, 1998, p. 120).

Ainda, afirma que, no campo jurídico, nota-se uma divisão do Direito, através da qual surgem novos âmbitos, como o do trabalho, o agrário, o previdenciário, o imobiliário, o dos transportes, o bancário, o industrial, o notarial e o da responsabilidade civil. Na esfera doutrinária, há uma especialização técnica nos microssistemas. Já na perspectiva axiológica, a segurança jurídica dá espaço à justiça social e ao bem comum (Amaral, 1998, p. 120).

A título de exemplo, alguns dos microssistemas que hoje estão em vigência no país são os estatutos: Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Brasil, 2015) e Estatuto do Idoso (Brasil, 2003). Bem como os códigos: de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990), Florestal (Brasil, 2012), Eleitoral (Brasil, 1965), Tributário (Brasil, 1966) e Comercial (Brasil, 1850).

Além destes, têm-se os movimentos sociais, como: o Direito Achado na Rua (DANR); os grupos antirracistas, como a Fundação Palmares; feministas: o Centro da Mulher Brasileira; contrários à aporofobia: liderados pelo padre Júlio Lancellotti; pela proteção dos indígenas e suas culturas: Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e pela ocupação de terras abandonadas: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).



## Principais semelhanças e diferenças entre os processos de descodificação brasileiro e francês

Em síntese, numa análise mais específica, verifica-se que o processo da descodificação está profundamente entranhado nas organizações jurídicas nacional e francesa, que coexistem com seus extensos códigos, na medida de suas falhas, desde o desenvolvimento de suas extensões especializadas (microcódigos), nos quais a sociedade acentua suas diferenças em busca de respaldo legislativo individualizado (Colling, 2019). O recente término da era das codificações revelou um processo de hiperinflação legislativa, constituído, no Brasil, pela elaboração de inúmeras leis nacionais para tratar de assuntos não disciplinados no Código Civil (Brasil, 2002) por si só (Boschi, 2018, p. 126).

Quanto à origem da descodificação em cada um dos países, destaca-se a criação da Escola Científica de François Geny (séc. XIX) na história francesa, que trouxe uma proposta na qual o direito não se reduz apenas à lei, destacando a necessidade de investigação além dos preceitos impostos pelo legislador. Nesse contexto, também vale pontuar que os ideais burgueses, que basearam o Código Civil Napoleônico (França, 1804), passaram a ser questionados por outras classes, as quais passaram a exigir intervenção e proteção individual. Isso porque, em um cenário de Primeira Guerra Mundial no qual a França foi palco, se formulou um grande desequilíbrio nas diversas relações jurídicas (Boschi, 2018, p. 124 - 127).

No Brasil, a legislação passou a adotar um regime de leis esparsas que rompem com a unidade do Código Civil (Brasil, 2002) desde o século XX (Colling, 2019), envolvendo principalmente o direito privado: na esfera comercial, pela criação sistemática de inúmeros diplomas legais que tratam de aspectos comerciais pontuais; e na esfera civil, pela disposição de leis sobre assuntos eminentemente referentes ao direito privado. Além disso, os estatutos deixaram de ser intrinsecamente ligados ao Código Civil e passaram a receber o status de “códigos”, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990), considerado por uma parcela expressiva de juristas um novo direito geral singular (Boschi, 2018, p. 127).

Já em uma comparação mais contemporânea, vê-se no Brasil que as leis esparsas, distribuídas nos microcódigos, representam uma expressiva parcela do ordenamento complementar, tais como: o Estatuto do Idoso (Brasil, 2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), o Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990) e a Lei do Inquilinato (Brasil, 1991). Por outro lado, na França, as complementações são adicionadas ao próprio Código Civil que, diferentemente do brasileiro, estabelece apenas alguns princípios básicos e gerais do Direito e, além disso, não é introduzido por uma lei.

### Direito achado na rua: uma aplicação concreta da descodificação

Assim como citado no tópico anterior, que exemplifica o tema no âmbito brasileiro, o Direito achado na rua é uma ramificação do processo descodificador e merece grande destaque diante desse cenário, pois foi um movimento de concretização da ideia de pluralidade jurídica, idealizado por grandes intelectuais do País.

Roberto Lyra Filho foi um dos maiores juristas da história do Brasil: fundou a Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR) e suas ideias exercem um papel vital no entendimento da atuação do Direito até os dias de hoje. Um destaque em seu legado é o conceito de “Direito achado na rua” (DANR), baseado em uma lógica que o entende como “expressão de uma legítima organização social da liberdade” (Sousa, 2015, p. 18).

Este movimento demonstra a representação das normas que regem certo grupo social, mesmo que não possuam legitimidade jurídica. Por isso, estão de acordo com os desejos e os costumes de cada comunidade, sendo estes mutáveis e axiológicos, em contraposição ao Jusnaturalismo e ao Dogmatismo. Para Lyra Filho, este é o verdadeiro Direito, o que “nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos” (Lyra Filho, 1984), e traz uma visão pluralista de modo de vida, encarada “como direito vivido, e não mais como direito imposto e imaginário” (Fachin, 2000, p. 314).

O nome deste projeto foi dado em virtude da origem dessas normas, que estão onde desenvolvem-se as relações sociais, ou seja, na rua, na vida cotidiana. Nesse sentido, vê-se a influência da Teoria Humanista, uma vez que atribui-se ao indivíduo uma posição central, de foco, na qual este exerce uma função ativa, de autonomia em seus vínculos, e de liberdade, retirando do mesmo a condição de subordinado a regras incompatíveis com seus pensamentos.

Dessa forma, os Direitos Humanos funcionam como uma ferramenta de compreensão dos movimentos sociais, de suas lutas e, também, como uma oportunidade de que estes recebam maior visibilidade. Dentre os objetivos apresentados, estão: definir o sujeito coletivo como capaz de transformar sua realidade social e de assumir seus direitos (sujeito de direito); propor novas teorias de relações sociais, visando uma organização social livre; e definir os espaços onde acontecem as relações sociais em relação ao Direito.

Além desses aspectos, deve ser evidenciado o combate aos estigmas associados aos ativismos sociais que, por muitas vezes, são entendidos como atos violentos, mas, na realidade, visam o choque e o despertar da inércia, buscando a transformação e a atualização da organização formal. Assim, a fim de que o Estado e o corpo social sejam movimentados, alguns dos objetivos do DANR são o fim de noções preconceituosas e a mudança do olhar sobre reivindicações populares, com a meta de torná-lo mais bem visto e, então, maior, destacando que o saber popular se iguala na importância do científico.

No entanto, o caminho em busca da concretização dessa ideia encontra empecilhos, sobretudo diante da burocracia que vigora em um sistema de funcionamento político-educacional enferrujado e muito sólido. Dessa forma, o tradicionalismo rejeita contribuições mais modernas, a exemplo da aplicação das cotas para negros e indígenas nas universidades públicas, uma das lutas do DARN, que só foi concretizada, em sua maioria, a partir do ano 2000.

## Considerações finais

Tendo como base todos os aspectos expostos anteriormente, tornou-se claro que a descodificação se trata de um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil (Brasil, 2002), com o surgimento de leis civis especiais que reduzem a primazia do já citado Código, e dão origem a uma pluralidade de núcleos legislativos, intitulados de microsistemas jurídicos.

A codificação, preocupada com a sistematização normativa, teve origem como um movimento decorrente das injunções políticas dos séculos XVIII e XIX, tanto por influência dos Estados liberais como dos Estados absolutistas, os quais eram governados por soberanos. Seguindo essa linha de pensamento, o Juspositivismo pode ser considerado a corrente jusfilosófica mais adequada a esse processo, já que apresenta como objetivo abolir as lacunas legais presentes no ordenamento jurídico.

O Código Civil (Brasil, 2002), por sua vez, passa a não garantir mais a unidade do direito privado, e deixa essa responsabilidade de posição central para a própria Constituição Federal (Brasil, 1988), que passa a ser vista como o eixo em torno do qual orbitam todas as outras variações legais, também chamadas de estatutos e/ou mini códigos.

Com esse polissistema, diante da vigência de núcleos jurídicos variados, cada nação passa a atuar com seus princípios e suas lógicas interpretativas. O Estado faz-se protagonista, e o civilista, que antes trabalhava como estudioso do direito privado, torna-se um especialista setorial, com olhar direcionado às leis especiais.

Ao longo do texto, também se fez imperiosa a relevância do Jusnaturalismo e do Juspositivismo, como correntes contrapostas, na positivação das leis e no reflexo do Ativismo Judiciário, associado à desconsolidação do direito positivo, além do panorama comparativo apresentado entre a nação brasileira e a francesa, referências nos estudos do processo de descodificação.

Todavia, o Direito Civil permanece como ciência de princípios e regras comum a todos os ramos do direito privado, considerando as tendências contemporâneas da constitucionalização, personalização e descodificação, que se fazem presentes na crise da sistematicidade e reorientam os juristas na prática de uma nova interpretação da doutrina.

Portanto, conclui-se que vivemos uma época de superação da generalidade e da sistematicidade dos sistemas fechados, sendo que a codificação, a descodificação e a recodificação compõem um ciclo vicioso em todos os sistemas de *civil law tradition*, já que as ideias propostas por estes respectivos processos tratam-se de experiências constantes no desenvolvimento histórico em todo o globo.

## Referências

AMARAL, Francisco. **A descodificação do Direito Civil Brasileiro**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), Rio de Janeiro, p. 129-148. Disponível em: <file:///C:/Users/PJES/Downloads/11061-Artigo-19764-1-10-20220211.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2022.

BOSCHI, José Gabriel. Formação do direito privado moderno: codificação e sua ideologia, a “descodificação” e a “era dos estatutos”. Repercussões jurídicas. 20 **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 26, 2018. Disponível em: [http://www.advocef.org.br/wp-content/uploads/2018/06/miolo\\_RD-26\\_site.pdf#page=11](http://www.advocef.org.br/wp-content/uploads/2018/06/miolo_RD-26_site.pdf#page=11). Acesso em: 21 jul. 2022.

COLLING, Letícia Bentz. **Da codificação à descodificação: Código Civil brasileiro e leis esparsas sob a perspectiva do direito comparado**. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2019. Disponível em: [https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/208890/Resumo\\_64400.pdf?sequence=1](https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/208890/Resumo_64400.pdf?sequence=1). Acesso em: 21 jul. 2022.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

FILHO, Roberto Lyra. **Por que estudar Direito, hoje?** Brasília: Edições Nair, 1984.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ativismo judicial: afinal, do que se trata? **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acesso em: 14 jul. 2022.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MORATO, Antonio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, v. 98, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67581>. Acesso em: 13 jul. 2022.

NICODEMOS, Erika. Codificação e descodificação: o direito civil e o código civil de 2002. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://ericanicodemosadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/371191344/codificacao-e-descodificacao-o-direito-civil-e-o-codigo-civil-de-2002>. Acesso em: 13 jul. 2022.

RODRIGUES, Lisia. O Código Civil de 2002: Princípios básicos e cláusulas gerais. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13**. v. 1, p.179 – 194, 2022. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdoscodigocivil\\_179.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdoscodigocivil_179.pdf). Acesso em: 06 jul. 2022.

RODRIGUES, Otávio. **A influência do Código Civil alemão de 1900 (parte 1)**. Conjur, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-26/direito-comparado-influencia-codigo-civil-alemao>

1900-parte. Acesso em: 05 jul. 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 1: parte geral. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, Constitucionalização e Reprivatização no Direito Privado: O Código Civil Ainda É Útil? **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 10, 2012. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012\\_10\\_6417\\_6453.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6417_6453.pdf). Acesso em: 14 jul. 2022.

Recebido em 17 de abril de 2023

Aceito em 15 de setembro de 2023