

# A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO: DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA<sup>1</sup>

ALEXANDRE FLÜCKIGER E  
JEAN-DANIEL DELLEY<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza.

## I. O cuidado com a qualidade do Direito

**E**scritos em uma linguagem simples, precisa, com pontuação cuidadosa, divididas em alíneas curtas e pouco numerosas, seus artigos são fáceis de ler e compreender, mesmo por pessoas não versadas na ciência do Direito. Clareza, precisão, concisão, medida, são essas as qualidades que o distinguem e fazem dele um modelo que jamais foi ultrapassado. [...] Infelizmente essas belas qualidades do nosso Código estão em vias de desaparecer, e isso por culpa do legislador moderno. Nos últimos 20 anos, o Parlamento votou um grande número de leis tratando do Direito Civil e, mais especialmente, do Direito de Família, as quais ele incorporou aos próprios textos do Código, e essas leis, votadas sem um preparo suficiente, são tão imperfeitas que retiram a beleza desse monumento legislativo e, como acréscimos desajeitados feitos sem preocupação com o estilo de um edifício, destroem sua beleza e harmonia<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Professores da Universidade de Genebra

<sup>3</sup> CAPITANT, Henri. *Comment on fait les lois aujourd'hui*, *Revue politique et parlementaire*, v. 91, 1917, p. 305.

<sup>4</sup> CAPITANT 1917 (nota 1), p. 305.

<sup>5</sup> SALEILLES, Raymond, "Le Code Civil et la méthode historique", *Le Code Civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, 1904, t. 1er, p. 95 ss, 103. O Código Civil suíço também recebeu, desde que veio a público, algumas críticas voltadas especialmente para a concisão excessiva que deixaria uma liberdade muito grande para a doutrina e a jurisprudência. Os elogios não foram, pois, unânimes (GÉNY, François, "La technique législative dans la codification civile moderne", *Le Code Civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 989 ss, 1034 ss. [citado em GMÜR, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Zurich, 1965, p. 42]).

<sup>6</sup>MATHIEU, Bertrand, *La loi*, 2e éd., Paris, 2004, p. 71 ss.

<sup>7</sup> VIANDIER, Alain "La crise de la technique législative", *Droits*, nº 4, 1986, que ressalta também a decadência da lei (p. 75) (cita-

Eis o que escrevia, em 1917, Henri Capitant a propósito do Código Civil francês de 1804, cujo sucesso extraordinário ele atribuía, "em boa parte, ao cuidado que seus autores tiveram com sua redação"<sup>4</sup>.

Tais argumentos não poderiam ser sustentados hoje em dia?

Por um lado, a obra-prima do Direito Privado suíço, o Código Civil, foi desde muito cedo elogiado por suas qualidades de redação. Assim, Raymond Saleilles escrevia em 1904, que, "para descobrir fórmulas semelhantes a algumas do Código Civil francês, é preciso chegar ao anteprojeto do Código Civil suíço, essa obra admirável do professor, Senhor Huber"<sup>5</sup>. Por outro lado, são muito numerosos hoje em dia os autores que apontam um declínio da lei contemporânea: uma "patologia da lei"<sup>6</sup>, uma "crise da lei"<sup>7</sup>, uma "lei doente"<sup>8</sup>.

Entretanto, não é muito fácil sintetizar a crítica, porque ela incide sobre pontos de natureza tão diferentes quanto a ininteligibilidade e obscuridade das normas<sup>9</sup>, a proliferação ou inflação legislativa<sup>10</sup>, ou ainda, a ineficiência ou ineficácia da ação legislativa, para citar apenas os mais destacados<sup>11</sup>.

A Legística desenvolveu-se nesse contexto, com o ideal de melhor legislar.

## A. A Legística

### 1. A Legística material e formal

Pode-se definir a Legística como uma metodologia da concepção da ação pública e de sua tradução normativa, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, de redação, de edição e de aplicação da norma<sup>12</sup>. Visando racionalizar a produção normativa, a Legística se apóia nas ciências sociais para apreender a realidade e nas ciências da comunicação e da linguagem para formular as normas<sup>13</sup>.

O desenvolvimento contemporâneo da Legística acompanha o do Estado intervencionista, o Estado das grandes políticas públicas, que ambiciona, se não revolucionar a sociedade, pelo menos influenciar o seu curso, quer seja em matéria econômica (estimular o crescimento, domesticar a inflação), social (combater as desigualdades, evitar a exclusão) ou em matéria de formação (promover uma parte determinada de uma faixa de idade a um grau explícito de formação) principalmente.

Compreende-se facilmente que tais ambições implicam uma abordagem racional da ação pública: um conhecimento preciso do terreno onde se dará a intervenção, da sua lógica de funcionamento; um diagnóstico explícito da situação que coloque em evidência não somente o fim pretendido, mas também os objetivos que o concretizam; a elaboração de uma estratégia eficaz, sua avaliação tanto prospectiva quanto retrospectiva e, sendo o caso, as correções que se impõem.

Distingue-se a Legística material, voltada para o conteúdo da matéria a ser regulamentada e a maneira de conceber a ação, da Legística formal, voltada para a formulação normativa da intervenção<sup>14</sup>.

## 2. As referências históricas

Sem remontar à Antiguidade – Platão traz já à baila a necessidade de revisar regularmente as leis para adaptá-las ao seu tempo<sup>15</sup> –, podemos lembrar que os autores do século XVIII se interessavam – tanto ou mais – na formação da lei quanto na sua aplicação<sup>16</sup>. Assim, a preocupação maior de Jeremy Bentham foi desenvolver uma teoria coerente da legislação<sup>17</sup>. Para conseguir isso, Jeremy Bentham enfatiza o recurso à codificação, concebida como corpo completo da legislação elaborada segundo certos princípios<sup>18</sup>. Ele interessa-se de perto pela elaboração das leis e confecciona a primeira obra de Legística formal, com o título “Nomography of the art of inditing Laws”<sup>19</sup>. Busca criar uma escola internacional de legislação, reagrupando os juristas do mundo todo a fim de redigir os textos de lei com base no modelo do código integral

doem DUPRAT, Jean-Pierre, "Genèse et développement de la légistique". In: DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 11).

<sup>8</sup> LASSERRE-KIESOW, Valérie, *Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi*. In: DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 209.

<sup>9</sup> Sobre a inteligibilidade, ver abaixo *ch.0*.

<sup>10</sup> Chateaubriand já escrevia, em 1816, déjà que *um vício capital de nossa legislação são os inumeráveis artigos de nossos projetos de lei: eles levam a discussões intermináveis e emendas sem fim* (CHATEAUBRIAND [DE], François-René, *De la monarchie selon la charte*, Imprimerie nationale, 1993, t. 2, p. 458, citado em MATHIEU, 2004 [cit. nota 4], p. 76). Para uma perspectiva histórica mais geral sobre o tema da inflação legislativa, ver MERTENS, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 17

et 406 ss. Para uma discussão mais recente do assunto, ver MORAND, Charles-Albert, "La croissance normative: comment faire face à une masse de droit considérable?", *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* 1986, nº 8. Para uma bibliografia atual, ver DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 238.

<sup>11</sup> Para uma lista mais detalhada, ver, por exemplo, MATHIEU, 2004 (nota 4), p. 75 ss: proliferação das leis, leis instáveis, efêmeras e muito técnicas, leis ilegíveis, leis "fracamente parlamentares" (ou seja, que atribuem um papel muito importante ao governo no procedimento legislativo), presença na lei de disposições regulamentares ou normativas, concorrência de outras normas supra ou infra-estatais, semi-públicas ou privadas, leis inaplicáveis.

<sup>12</sup> CHEVALLIER, Jacques, *L'évaluation législative: un enjeu politique*. In: DELCAMP, Alain et al., *Contrôle parlementaire et*

(pannomium)<sup>20</sup>. Mesmo que sua construção tenha sido mais empírica, os estudos de Legística material atuais, centrados no imperativo da eficácia, ligam-se a essa lógica benthamiana.

É preciso mencionar ainda a contribuição de Gaetano Filangieri<sup>21</sup>. Esse conde napolitano, autor de uma monumental "Science de la législation"<sup>22</sup>, teorizou sobre a avaliação legislativa, caminho crucial para a racionalização do processo legislativo. Ele imagina um quarto poder, o "censor das leis", que deve, ao mesmo tempo, cuidar dos efeitos nefastos da multiplicidade das leis e de sua adaptação às novas circunstâncias.

*Consagrado à guarda das leis, instruído sobre o estado da nação, atento distinguir e identificar todas as causas da desordem, é ele quem percebe primeiro os erros da legislação; e, uma vez conhecida a natureza do mal, saberia ele empregar os meios mais adequados para destruí-lo.*<sup>23</sup>

Dois movimentos vão, todavia, contribuir para enfraquecer essas tentativas de elaboração de uma verdadeira ciência da legislação. Em primeiro lugar, a concepção liberal do Estado, que se impõe no século XIX, restringe a esfera de atividade pública exclusivamente às tarefas de polícia. Além disso, o amor imoderado das leis manifestado pelas luzes deságua, após a revolução, na sua sacralização. Para garantir a objetividade do Direito, assegurar-lhe o estatuto de ciência, o positivismo jurídico postula dissociar o Direito dos valores e se concentra nos métodos tendentes a uma aplicação correta das leis, em detrimento dos que deveriam presidir a sua elaboração<sup>24</sup>.

No entanto, pode-se reencontrar até nossos dias esse cuidado de levar em conta a realidade social – esse "material" para retormarmos a expressão de Eugen Huber<sup>25</sup> –, presente como um fio condutor na teoria, quando não na prática legislativa<sup>26</sup>. Assim, no século XIX, a teoria alemã da legislação destaca a relação estreita que deve existir entre o ato de legislar e o estado da situação à qual vai se aplicar a lei. A necessidade

## A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO: DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

de submeter o Direito em vigor a revisões regulares para adaptá-lo às mudanças sociais, já expressa por Platão, é reconhecida e justifica a avaliação legislativa<sup>27</sup>.

No começo do século XX, Ernst Zitelmann lembra as diferentes etapas de um procedimento metódico que deve ser seguido pelo legislador<sup>28</sup>.

*Zunächst nun die inhaltliche Seite: in welcher Weise findet der Gesetzgeber den Inhalt der Gesetze Da sieht man sofort; alle Gesetzgebung gebraucht Befehle und Verbote, um damit auf das Verhalten der Menschen nach bestimmten Richtung hin einzuwirken, die gesetzgeberische Arbeit ist also Zwecklätigkeit; sie setzt sich bestimmte Zwecke und wahlr die Mittel zu ihrer Erreichung, in nichts anderem kann sie bestehen, wie denn auch die inhaltliche Kritik des Gesetzes notwendig nach diesen beiden Seiten hin erfolgen muss.*

*Primeiramente, o lado do conteúdo: a maneira pela qual o legislador encontra o conteúdo da lei. Isso se vê desde logo, porque toda legislação necessita de ordens e proibições por meio das quais o comportamento dos homens é orientado para uma determinada direção. O trabalho legiferante tem também objetividade, estabelece objetivos determinados e escolhe os meios para alcançá-los. Ele não se constitui em nada mais do que isso, e a crítica do conteúdo da lei deve, necessariamente, ser feita sobre ambos os lados.*

Um caminho que lembra Jean-François Perrin em 1977: inicialmente, conhecer as opiniões e as práticas, o que permite pôr em evidência o possível; depois, a partir do possível, construir o ideal, fruto de uma colaboração pluri e transdisciplinar<sup>29</sup>.

### B. A elaboração da lei: uma arte ou uma ciência?

Não é raro ouvir-se dizer que a elaboração da lei dependeria mais da arte que da ciência<sup>30</sup>. Não haveria lugar, nesse caso, apenas para as qualidades atribuídas ordinariamente aos artistas: instinto, gosto, gênio, emoção? O desen-

*évaluation*, Paris, 1995, p. 15; MORAND, Charles-Albert, *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: MORAND, Charles-Albert (dir.), *Légistique formelle et matérielle – Formal and Material Legistic*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, p. 18ss. Ver também WINTGENS, Luc, *The justification of legislation: an introduction to legisprudence, a new theory of legislation*, thèse, Bruxelles, 2005, que prefere usar a noção de "legisprudência".

<sup>13</sup> MORAND, 1999 (nota 10), p. 28 ss.

<sup>14</sup> MORAND 1999 (nota 10), p. 17 s.

<sup>15</sup> MERTENS 2004 (nota 8), p. 275.

<sup>16</sup> A obra de MERTENS, 2004 (nota 8) é consagrada exatamente aos autores do século XIII ao século XX. Ver também DUPRAT, 2005 (nota 5).

<sup>17</sup> OST, François, *Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham*. In: GÉRARD, Philippe/ OST, François/ KERCHOVE (VAN DE), Michel (éd.), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles

1987, p. 163; DUPRAT, 2005 (nota 5), p. 16 ss.

<sup>18</sup>BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1a. ed. em 1789 (revisão pelo autor em 1823).

<sup>19</sup> BENTHAM, Jeremy, "Nomographie or the art of inditing laws", in BOWRING, John (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, Londres, 1838-1843. Ver MORAND, 1999 (nota 10), p. 24.

<sup>20</sup> OST 1987 (nota 15), p. 177 s.

<sup>21</sup> MORAND, 1999 (nota 10), p. 24.

<sup>22</sup> FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*, Milão (1ª edição milanesa), 1784.

<sup>23</sup> FILANGIERI, Gaetano, *Œuvres*, v. 1, Paris, 1822, p. 89.

<sup>24</sup> NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 18 ss.; LUHMANN, Niklas, *Öffentlich-rechtlich e Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965, p. 11; MORAND, 1999 (nota 10), p. 25 s.

<sup>25</sup>HUBER, Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung*

volvimento metódico e racional da legislação, como o propõe a Legística, é concebível, realista?

François Géný escrevia, em 1904, a propósito do Direito Privado francês, que:

*Trata-se, antes de tudo, de saber se é mesmo necessário, até mesmo útil, que o legislador tome consciência de um método, e se resolva a seguir fielmente as suas diretrizes, ou se não seria melhor que ele cedesse, pura e simplesmente, às vagas sugestões do instinto ou às orientações indeterminadas da tradição para inspirar-lhe os procedimentos mais adequados ao seu objetivo. E o exemplo do Código Napoleônico pode suscitar dúvidas sobre isso, pois seus redatores, uma vez influenciados pelas preocupações de uma técnica verdadeiramente séria, souberam achar neles mesmos e na apropriação de seu passado todos os elementos indispensáveis à viabilidade e ao sucesso de sua obra. Em todo o caso, não creio que exista aí fundamento para uma objeção significativa contra a superioridade de uma técnica refletida<sup>31</sup>.*

É verdade que François Géný tinha em foco a parte da Legística que nós qualificamos de formal:

*Esta (a técnica legislativa) apresenta um 'lado substancial ou interno', de um valor bem mais fundamental, porque diz respeito, independentemente do modo como está constituído e funciona seu órgão criador, ao próprio conteúdo da obra legislativa. Deixando de lado o fundo propriamente dito dessa obra, que a ciência (sociologia), dirigida por um postulado moral, permite só apreciar, trata-se de saber como, na forma, ela deverá ser concebida e realizada para abranger tão plenamente e dominar tão eficazmente quanto possível as relações jurídicas, merecedoras de regulamentação legal, em suma, para constituir uma lei ou um código, que, do ponto de vista da consecução do Direito Positivo, responda às exigências da vida prática<sup>32</sup>.*

Mostraremos que essa conclusão deve ser estendida igualmente à Legística material.

## II. A codificação como procedimento legístico?

### A. O código como instrumento da racionalização legislativa

No Direito Privado, a codificação é, tradicionalmente, considerada como instrumento privilegiado da racionalização legislativa<sup>33</sup>:

*Desde os primórdios da época moderna, afirma-se uma vontade de simplificação e de clareza do Direito, como se a edificação e o desenvolvimento de um Estado em vias de secularização comportasse como condição para a sua realização uma organização normativa racional. Para isso, o procedimento da codificação apareceu rapidamente como uma condição necessária a satisfazer.*

Os objetivos visados pela codificação – a saber, regulamentar tão completamente quanto possível uma matéria, a fim de evitar a criação de lacunas assegurando a segurança e a acessibilidade do Direito, preocupando-se com a estabilidade e a permanência<sup>34</sup> – obrigam evidentemente os seus autores a redigir uma legislação mais refletida e acabada, e, em princípio, de melhor qualidade. Para Jean Carbonnier, o método legislativo do Código Civil é o da recusa em legislar por “paixão”:

*O Código Civil, justamente, tinha encerrado, na França, o tempo das paixões legislativas. Poderemos talvez pensar que era um simples efeito mecânico: porque estava inebriado com os textos, o país não tinha mais sede; todas as leis pareciam feitas e bem-feitas, e, por muito tempo, era possível dar folga à legislação. Mas isso seria parar na superfície do acontecimento de 1804: antes de ser uma produção saturada de regras, a codificação tinha sido a escolha de um método*

*und der Rechtsphilosophie, Bâle, 1925, p. 281.*

<sup>26</sup> MERTENS, 2004 (nota 8), p. 42 ss.

<sup>27</sup> MERTENS, 2004 (nota 8), p. 274 ss.

<sup>28</sup> ZITELMANN, Ernst, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde, 1904, p. 7.

<sup>29</sup> PERRIN, Jean-François, *Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé. Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 76 s.

<sup>30</sup> NOLL, 1973 (nota 22), p. 14 ; MERTENS (nota 8), p. 3 s.

<sup>31</sup> GÉNY, François, *La technique législative dans la codification civile moderne, Le Code Civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 987 ss (1019).

<sup>32</sup> GÉNY, 1904 (nota 29), p. 987 ss (995 em relação com 1019).

<sup>33</sup> DUPRAT, 2005 (nota 5), p. 13.

<sup>34</sup> DUNAND, Jean-Philippe, *Entre tradition et innovation: analyse historique du concept de code*. In: WINIGER, Bénédicte / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 10 ss.

<sup>35</sup>CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois?*, Paris, 1979, p. 219.

*legislativo, e essa escolha implicava a exclusão dos legisladores que legislavam por paixão*<sup>35</sup>.

<sup>36</sup> SAVIGNY (VON), Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 71 s. et 81 s.

O codificador, entretanto, tem que se prevenir contra dois riscos: o de se abstrair das realidades sociais e políticas, privilegiando a perspectiva intelectual de sua obra, e aquele, bem conhecido, desde a crítica de Friedrich Carl von Savigny à codificação do Direito alemão<sup>36</sup>, de imobilizar e esclerosar o Direito. Enquanto o primeiro obstáculo só pode ser superado pelos métodos da Legística material (análise da realidade social com o aporte das ciências humanas), o segundo foi superado, em um primeiro momento, pelos procedimentos da Legística formal, que, por mais engenhosos que fossem (em particular redação de normas abertas para dar lugar à evolução da jurisprudência e adoção de leis especiais para as matérias novas), mostraram seus limites no contexto de um movimento que alguns qualificaram de decodificação<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Ref. cit. In: KRAMER, Ernest, *Nationale Privatrechts-kodifikationen, internationale Privatrechts-vereinheitlichung und Privatrecht-svergleichung zu Beginn des neuen Jahrhundert*, *Revue de droit suisse*, 2005 I p. 423 s., que prefere falar de recodificação e de uma renovação da codificação (p. 424 s.).

## B. A decodificação progressiva do Direito Privado: uma necessidade acrescida de Legística

### 1. A codificação: uma lógica de conservação

A codificação, em seu espírito, obedece essencialmente a uma lógica da conservação<sup>38</sup>. Em seu discurso preliminar do Código Civil francês, Portalis notava também

*que é preciso ser comedido quanto às novidades em matéria de legislação, porque se é possível, em uma instituição nova, avaliar as vantagens que a teoria nos oferece, não é possível conhecer todos os inconvenientes que só a prática pode mostrar*<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 32 ss.

<sup>39</sup> Ref. cit. In: DUNAND, 2005 (nota 32), p. 36, nota 104.

<sup>40</sup>HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 5. DUNAND, Jean-Philippe, *Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie?*. In: TSCHANNEN, Pierre (éd.), *La démocratie*

Huber, a propósito do Código Civil suíço, afirmava também que “em uma codificação vale mais conservar que inovar”<sup>40</sup>, muito embora seu projeto tenha inspirado numerosas inovações cuja contribuição ele preferiu minimizar<sup>41</sup>.

Uma vez codificada, a matéria tende a se petrificar/imobilizar. Uma tal constatação não é nova: “Assim, muito

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

depressa, cava-se um fosso entre o conteúdo do código (Napoleônico) e a situação real do país<sup>42</sup>.

Já em 1837, um professor da Faculdade de Direito de Paris podia escrever que

*a nova sociedade começa a experimentar algum desconforto e a não se sentir mais completamente à vontade nos limites impostos por nossos códigos... O Código (Civil), a princípio imagem fiel da sociedade modernizada, perde todos os dias um pouco dessa fiel semelhança<sup>43</sup>.*

Um século mais tarde, em 1948, Julliot de la Morandière notava que

*o Código (Civil francês) está sempre presente; em seu frontispício está para sempre escrito “Código Civil”. Na realidade, ele é como esses velhos palácios que, no bairro de Saint-Germain, têm, sempre, a aparência de sede de um ministério... Mas sua fachada foi mutilada, deformada por mil reparos, seu interior foi revirado sem ordem e sem planejamento<sup>44</sup>.*

A idéia diretora, segundo a qual só uma matéria estabilizada, cujos contornos foram definidos, testados e experimentados pelo tempo, é suscetível de ser codificada, é, em grande medida, uma pressuposição. Esse é, por exemplo, o conselho da Law Commission inglesa de 1965, cujo plano de trabalho continha a recomendação de efetuar uma pesquisa concernente à codificação do direito dos contratos. Essa comissão estimava que só era possível codificar um direito dos contratos estabilizado<sup>45</sup>. Ou, ainda, constatou-se, retrospectivamente, que o direito inglês dos contratos não estava ainda fixado naquela época. Um presidente posterior da Law Commission afirmou que a codificação não permitiria mais ao Direito que evoluísse<sup>46</sup>. Eltjo Schrage resume essa idéia de uma forma categórica: “A codificação fixa a situação real, fixa-a à maneira do cimento”<sup>47</sup>.

*comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 57.

<sup>41</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 40.

<sup>42</sup> BART, Jean, "Le code Napoléon", In: WINIGER, Bénédicte/DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 75.

<sup>43</sup> Ref. cit. in BART, 2005 (nota 40), p. 75, nota 18. Ver também Discours d'ouverture aux conférences de l'Ordre des avocats par le Bâtonnier Chaix d'Est-Ange, du 26 novembre 1842. In: *Discours et plaidoyers de M. Chaix d'Est-Ange*, t. 1, 1877, p. 234-235 [cit. In: DUPRAT, 2005 (nota 5)].

<sup>44</sup> Ref. cit. In: DUNAND 2005 (nota 32), p. 41.

<sup>45</sup> SCHRAGE, Eltjo J.H., *Résistances à l'élaboration et à la diffusion du Code*. In: WINIGER, Bénédicte / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles, 2005, p. 87.

<sup>46</sup> KERR, Michael, ref. cit. In: SCHRAGE, 2005 (nota 43), p. 88.

<sup>47</sup> SCHRAGE, 2005 (nota 43), p. 88.

## 2. As técnicas de adaptação do Código à modernidade

Alguns grandes codificadores, não obstante, tomaram suas precauções.

Por um lado, o fato de se relegar a regulamentação das matérias novas ao campo de aplicação das leis especiais é uma técnica que deveria garantir que a codificação sistematizaria apenas as soluções perenes, comprovadas pelo tempo e que não estivessem sujeitas a mudanças incessantes. Somente são codificadas desde o começo as regras estabilizadas, isto é, aquelas cujo potencial de transformação futura é o mais fraco. Essa é a filosofia explícita do Código Civil suíço, em especial, que excluiu, por essas razões, do seu campo de intervenção, a propriedade literária e artística, as marcas de fábrica, as patentes de invenção e o contrato de seguro:

*Quando uma instituição, e por razões às vezes muito artificiais, se aclimatar numa parte do nosso território e, submetida a prova, for considerada boa, será conveniente arranjar-lhe um lugar no futuro Código Civil, a menos que existam motivos imperiosos para rejeitá-la.. [...] Um código civil deve, em princípio, abranger todo o Direito Privado. Mas é necessário admitir exceções a essa regra; o próprio projeto conhece algumas de bastante importância. Elas se referem, em primeiro lugar, às leis especiais atualmente em vigor no domínio do Direito Civil federal; [...] as que se relacionam à propriedade literária e artística, às marcas de fábrica, às patentes de invenção, ao contrato de seguro foram deixadas fora do projeto pelas mesmas razões que as que excluíram obrigações do Código federal; trata-se aqui de matérias relativamente novas, em que as soluções de valor permanente não foram encontradas ainda e em que mudanças incessantes se produzem, tanto que é mais prático operar sob o regime da legislação especial que sob o de uma codificação integral; e mais, essas matérias não podem ser elucidadas com os mesmos*

*métodos das partes do Direito Privado, que se beneficiam de experiências seculares e que receberam suas formas de certo modo definitivas*<sup>48</sup>.

Por outro lado, a redação de normas de contexto aberto, que deixa uma certa margem de manobra na evolução da jurisprudência, devia permitir que a prática se adaptasse ao abrigo para a inovação. Uma concepção assim, no entanto, não é isenta de falhas considerando o ideal de segurança do Direito, pois a redação de disposições juridicamente indeterminadas aumenta a autonomia do juiz, que logo assegura a adaptação do código à realidade. Esse poder normativo da jurisprudência, que “permanece como um mistério difícil de aceitar até para os civilistas contemporâneos”<sup>49</sup> é um elemento que concorre com a decodificação<sup>50</sup> à medida que, paradoxalmente, segundo Philippe Rémy dizia a propósito do Código francês, “a jurisprudência é [...] bastante forte para desfazer o sistema do Código, mas não bastante para fixar a interpretação de seus textos essenciais”<sup>51</sup>. Baseando-se numa comparação do Direito suíço e do Direito dos Estados Unidos, Thomas Probst, no mesmo sentido, demonstrou competentemente que a segurança jurídica não era fundamentalmente devida à existência de uma codificação, mas antes à estabilidade da jurisprudência que um sistema de *common law* pode melhor assegurar em razão da força obrigatória dos precedentes (doutrina do *stare decisis*)<sup>52</sup>.

### 3. O ideal de exaustividade do Código

Ademais, a proliferação das leis de um século para cá ocorreu em razão do ideal de exaustividade dos códigos. Mesmo que o conceito benthamiano, largamente utópico, de *pannomion*, um código completo, assim considerado por reagrupar todas as regras do Direito, jamais tenha sido concretizado e, como mostra o exemplo, entre outros tantos, do Código Civil suíço<sup>53</sup>, a particularidade dos códigos civis consistiu sempre “no fato de que eles não se limitam a repertórios de leis, mas que eles codificam um sistema de regras à medida que são uma ordem jurídica completa e abrangente”<sup>54</sup>. O Código Civil torna-se um código como os outros, uma lei entre

<sup>48</sup> Conseil fédéral suisse, *Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code Civil suisse, Feuille fédérale*, v. IV, no. 24, 1904, p. 10 s.

<sup>49</sup> RÉMY, Philippe “Le Processus de “dé-codification””. In: WINIGER, Bénédic / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 207.

<sup>50</sup> RÉMY, 2005 (nota 47), p. 207.

<sup>51</sup> RÉMY, 2005 (nota 47), p. 209.

<sup>52</sup> PROBST, Thomas *Civil law et Common law: Code contre case? In: WINIGER, Bénédic / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 227.

<sup>53</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 14.

<sup>54</sup> SCHMIDLIN, Bruno, *Le mouvement des codifications en Europe: la formation du système du Code Civil français*. In: WINIGER, Bénédic / DUNAND, Jean-

Philippe (éd.), *Le Code Civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code Civil français*, Bruxelles 2005, p. 46.

<sup>55</sup> RÉMY 2005 (nota 47), p. 212 ss.

<sup>56</sup> DUNAND, 2005 (nota 32), p. 42.

<sup>57</sup> WIDMER, Pierre / WESSNER, Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile: Rapport explicatif*, sans date ni lieu, p. 20 (texto disponível no site do Office fédéral de la justice).

as leis, subordinada até ao Direito Constitucional, convencional, uma lei dessacralizada<sup>55</sup>. Como em essência o resume Jean-Philippe Dunand, “os códigos civis dos Estados europeus não preenchem mais uma função central e proeminente nas suas ordens jurídicas respectivas”<sup>56</sup>.

A evolução do Direito, da responsabilidade civil, ilustra em particular a incapacidade do Código Civil de conservar sua coerência para com um direito que eclode ao sabor das necessidades novas que vêm à luz na sociedade:

*À margem do Código Civil, a evolução legislativa, no entanto, seguiu um curso que parece ser inteiramente desconectado da codificação principal; esse fenómeno, aliás, prolongou-se até a nossa época, e ele é sintomático da concepção, ou, antes, da ausência de concepção que reinou por muito tempo no domínio da responsabilidade civil. Essa observação é ilustrada principalmente pelas primeiras normas instituidoras de uma responsabilidade objetiva, que foram introduzidas, uma por uma – e praticamente sem relação entre elas – no quadro de diferentes regulamentações especiais<sup>57</sup>.*

Constatando “a lenta e constante erosão do Direito, da responsabilidade civil”, os autores questionam tanto a jurisprudência, forçada a estender progressivamente os limites imanentes do Direito Positivo, quanto o legislador, que remenda ponto por ponto “uma estrutura jurídica sucessivamente ultrapassada”<sup>58</sup>.

### **C. O procedimento legístico: uma solução para a decodificação do direito privado?**

Não se pretende aqui lamentar essa constatação da decodificação progressiva do Direito Privado. Se é teórica e intelectualmente concebível visualizar uma recodificação integral da totalidade do Direito Privado suíço para sistematizar a fragmentação da matéria, ninguém da doutrina se atreve a propô-la seriamente. Somente as codificações parciais parecem realistas. Mas elas são realmente a solução? Não se

<sup>58</sup> WIDMER / WESSNER, sem data nem local (nota 55), p. 28.

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

arriscam a se tornarem mais rapidamente obsoletas que suas ancestrais? No Direito Privado Comparado, observa-se, em contrapartida, um movimento de recodificação e renovação da codificação<sup>59</sup>. A inclusão de tais projetos em um procedimento legístico impõe-se em todas as hipóteses com o maior vigor. Não apenas em uma perspectiva formal, mas sobretudo material, a fim de recolocar a questão em um quadro metódico que leve em conta os fatos e se adapte à realidade em lugar dos julgamentos circunstanciais das cortes de Justiça. É preciso admitir que, hoje em dia, “a legislação moderna é uma criação contínua”, segundo a expressão de Jean Carbonnier<sup>60</sup>.

Vamos tomar, a título de ilustração dessa evolução na Suíça, o direito da sociedade anônima: conquanto esse domínio do Direito não tenha sofrido revisão de importância entre 1936 e 1991, uma nova reforma dispendo sobre o governo da empresa, as estruturas do capital, as regras contábeis e o funcionamento da assembléia geral se impôs apenas dez anos depois da grande revisão de 1991<sup>61</sup>. Da mesma forma, logo que entrou em vigor em 2000, o novo direito do divórcio já se fazia objeto de exigências de modificação. Uma iniciativa parlamentar<sup>62</sup> propôs, um ano mais tarde, que a duração da separação dos cônjuges previamente a um pedido de divórcio fosse reduzida de quatro para dois anos. Essa modificação entrou em vigor no dia 1º de junho de 2004<sup>63</sup>. Simultaneamente, uma postulação<sup>64</sup> reclama do governo um relatório sobre a experiência amalhada pelos praticantes com o novo direito do divórcio. Seu autor chama a atenção para os problemas ligados aos montepios, ao retardo no prazo para reflexão imposto pelo divórcio consensual e à autoridade paterna conjunta<sup>65</sup>. Em um outro domínio, o do direito de sucessões, observa-se que as regras de transmissão do patrimônio, por não estarem mais adaptadas à situação demográfica, talvez não sirvam mais aos objetivos do legislador. Em razão do aumento considerável da expectativa de vida, os filhos, herdeiros legais privilegiados, em geral já alcançaram a idade da aposentadoria quando se beneficiam do patrimônio de seus pais. A conjugação das regras do Direito com a realidade demográfica enfraquece a função distributiva dessas regras;

<sup>59</sup> KRAMER, 2005 (nota 35) p. 424 ss.

<sup>60</sup> CARBONNIER, 1979, (nota 33), p. 242, nota 8.

<sup>61</sup> Office fédéral de la justice, *Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable*, Berne, 2 décembre 2005.

<sup>62</sup> Initiative parlementaire Nabholz (01.408) de 20 mars 2001.

<sup>63</sup> RO 2004 2161 s.

<sup>64</sup> Postulat Jutzet (00.3681) de 20 mars 2001.

<sup>65</sup> Jutzet 2001 (nota 62).

ela desfavorece as gerações mais jovens, que têm que se defrontar com necessidades financeiras mais prementes que seus antepassados<sup>66</sup>. Tendo em vista tal contexto, a análise dos fatos e a avaliação contínua do *corpus* legislativo e de Jurisprudência deveriam se tornar as diretrizes do novo Direito Civil a fim de se assegurar que, adaptado à realidade, o Direito possa efetivamente ser aplicado:

<sup>66</sup> DÉPRAZ, Alex, "Une fortune sous le matelas", *Domaine Public* n° 1645, 13 de maio de 2005, p. 4.

*Se a arte legislativa de outrora confiava no postulado otimista de que, sendo feita para ser aplicada, era cem por cento lei, a arte legislativa de hoje aprendeu a tratar como naturais os fenômenos de inaplicação, total ou parcial, e a integrá-los nos seus cálculos*<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> CARBONNIER, 1979 (note 33), p. 241. Ver também CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, 1994, p. 278, preconizando uma "sociologia pós-legislativa" que instaure, depois de uma nova lei, uma aparelhagem de estatísticas e um calendário de pesquisas plurianual com o objetivo de observar as ineficácias e as disfunções, para corrigi-las.

Para ilustrar essa postura otimista do legislador, pode-se lembrar a revisão do Código Civil relativa à pensão de alimentos (artigo 328 CC), que não permitiu (ainda) harmonizar a grande diversidade das práticas na matéria<sup>68</sup>.

Não é preciso, entretanto, esperar de um procedimento desse tipo novos milagres. A dissolução do Código Civil é, com muita certeza, a marca de mudanças fundamentais, na sociedade e nas relações desta com o Estado, de aspirações que o Código único não pode mais satisfazer em um ambiente mais complexo, mais individualizado, mais diversificado e em mutação sempre mais rápida. Abruno Schmidlin resume apropriadamente a problemática:

<sup>68</sup> MASMEJAN Sylvie, *Dettes alimentaires: notions générales et réception dans les cantons de Genève, Vaud et Valais*, Zurich, 2002, p. 101.

<sup>69</sup> SCHMIDLIN, 2005 (nota 52), p. 63.

*A dissolução do Código Civil único à qual assistimos não é somente uma consequência fatal da degradação da arte legislativa pelas administrações prepotentes, habituadas a produzir leis sem sistema nem coerência. Ela tem uma razão mais profunda. O sistema unidimensional da igualdade e da liberdade dos cidadãos não responde mais às expectativas da sociedade moderna*<sup>69</sup>.

### III. A Legística e o Direito Privado

#### A. O Código Civil suíço como modelo da Legística formal

Os princípios de redação do Código Civil suíço desenvolvidos por Eugène Huber estão na origem da Legística

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

formal moderna. Eugène Huber achava que o Código Civil devia ser uma “legislação popular”, redigida não para a atenção dos juízes, mas de todos os cidadãos. As leis devem ser inteligíveis (*leges intellegi ab omnibus debent*<sup>70</sup>):

<sup>70</sup> *Corpus iuris civilis*, 1.14.9.

*As leis modernas não são redigidas com o único objetivo de indicar aos juízes como terão que proceder, em cada caso. A lei dirige-se a todos aqueles que estão submetidos ao seu império. Os comandos do legislador devem, desde o início, à medida que isto seja compatível com a matéria tratada, ser inteligíveis para cada um ou, ao menos, para as pessoas que são obrigadas por força de sua profissão, a se familiarizarem com o Direito. As regras estabelecidas devem ter um sentido mesmo para o profano, o que não impedirá que o especialista descubra sempre um sentido mais extenso ou mais profundo que o profano. É isto o que se entende pelas palavras legislação popular*<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s. DUNAND, 2005b (nota 38), p. 63 ss.

Com o fim de tornar o Código Civil suíço inteligível, Eugène Huber preconizava diferentes princípios de legibilidade que colocou sistematicamente em prática.

Seus primeiros preceitos visavam produzir um texto conciso: cada artigo devia conter três alíneas no máximo; as alíneas deviam ser redigidas em uma única frase; as frases deviam ser breves e as subdivisões raras:

*Afora as enumerações [...], nós conseguimos quase sempre não ter mais de três alíneas por artigo. As alíneas são em geral compostas de uma única frase; elas serão sempre bastante breves, para que uma pessoa, mesmo pouco habituada a consultar as leis, possa tomar consciência de seu conteúdo à primeira vista. As subdivisões são raras, e nenhuma parte do artigo foi dividida em parágrafos. Obtém-se, desse modo, uma orientação fácil e simplificam-se as citações*<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> HUBER, 1901 (nota 69), p. 12.

Dito mais concisamente, trata-se de “dizer tudo, com brevidade”:

*Se dermos uma olhada no projeto, esta característica vai aparecer como uma de suas particularidades exteriores mais originais: ele diz tudo, de modo breve. E essa brevidade não é um artifício; não compensamos, como em outras obras similares, o número pequeno de artigos pela sua extensão; o projeto é curto, absoluta e relativamente. É fácil imaginar como o estudo e o manejo da lei se tornam mais fáceis<sup>73</sup>.*

<sup>73</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 17.

O redator não devia ter receio de retomar os mesmos termos para designar as mesmas noções, e evitar assim a utilização dos sinônimos, mesmo se isso resultasse em uma certa monotonia:

*À medida que parecia compatível com as exigências da língua, nós usamos sempre os mesmos termos para designar as noções que se repetem [...]. A aplicação das leis existentes demonstrou fartamente a perplexidade a que uma simples divergência de texto, devida à inadvertência do legislador, pode levar o juiz<sup>74</sup>.*

<sup>74</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 14.

A exigência de legibilidade não deveria ser imposta somente ao texto visto em seu conjunto, mas deveria se aplicar a cada artigo tomado isoladamente. O que seria necessário evitar, tanto quanto possível, seriam as remissões. Em caso de necessidade, a remissão deveria se efetuar por meio de uma frase que refletisse o conteúdo, e não por uma indicação do número do artigo:

*Em um segundo momento, procuramos tornar inteligível, ou ao menos legível, cada artigo tomado isoladamente. Daí, a necessidade de fazer, tanto quanto possível, abstração das remissões. Quando estas nos pareceram inevitáveis, nós as fizemos não pela indicação de um número de artigo, mas por uma frase clara, dando o conteúdo da remissão. [...] Sabemos por experiência que essas remissões com indicação de números de artigo entre parênteses provocam freqüentemente dificuldades na prática, porque elas podem facilmente apresentar lacunas ou erros embaraçosos para os juízes. Ver, por*

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

*exemplo, Julgamentos do Tribunal Federal, vol. XXII, página 342*<sup>75</sup>.

<sup>75</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 13.

Eugène Huber achava que uma estrutura claramente concebida melhoraria a inteligibilidade do texto:

*A ordem adotada na seqüência de artigos referentes a determinada matéria em geral é esta: em primeiro lugar, virão as regras gerais; depois, as prescrições referentes à constituição e à extinção de uma relação de direito; e, enfim, aquelas que regulam os efeitos. Esse método (...) dá ao projeto uma disposição clara e fácil*<sup>76</sup>.

<sup>76</sup>HUBER, 1901 (nota 69), p. 13.

"O legislador não se limitou a organizar determinadas matérias essenciais; ele ordenou tudo a partir de um plano fácil, que pode ser compreendido com uma olhada rápida"<sup>77</sup>.

<sup>77</sup>HUBER 1901 (nota 69), p. 17.

A inteligibilidade do texto de lei, sua simplicidade, pode, enfim, ser obtida, recorrendo-se a expressões claras: "Nada contribui mais para a simplificação das leis que a arte de condensar os preceitos jurídicos em princípios claros e transparentes"<sup>78</sup>.

<sup>78</sup>HUBER 1901 (nota 69), p. 8.

Esses princípios foram retomados nas diretivas de técnica legislativa atualmente em vigor no Direito suíço e se impõem aos redatores de textos normativos federais<sup>79</sup>; mesmo se, na realidade, o tecnicismo de certas matérias tenha resultado no fato de que, hoje em dia, no Direito federal helvético, os textos de lei são na prática redigidos de maneira a serem acessíveis ao seu público-alvo em princípio, e não necessariamente ao grande público em geral<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Concisão: Guide de législation 2002, p. 349; remissões: Guide de législation 2002, p. 353; princípios gerais de estruturação: Guide de législation, 2002, p. 345 ss.

<sup>80</sup> BERTAGNOLLO, Fabienne / LAURENT, Caroline, "Unkraut vergeht nicht: la corédaction dans l'administration fédérale suisse". In: GÉMAR, Jean-Claude / KASIRER, Nicholas (dir.), *Jurilinguistique – Jurilinguistics: entre*

### B. A obrigação jurídica de seguir um procedimento legístico em Direito Privado

A Legística, no seu sentido material, não é um método aplicável exclusivamente ou prioritariamente ao Direito Público, assim como ao Direito Penal. Se esse procedimento se impôs mais facilmente no quadro da elaboração e da consecução das grandes leis do Direito Público, é porque estas últimas colocam explicitamente em jogo os meios necessários para se

*langue et droit – Between Law and Language*, Bruxelles et Montréal, 2005, p. 119 ss, 123 s. Não poderíamos, entretanto, concordar com essas duas autoras na medida em que consideram que "ninguém leva adiante o argumento de que os textos legislativos deveriam ser redigidos de maneira a ser acessíveis ao público", o que faz — na opinião delas — com que a acessibilidade das leis seja cada vez mais utópica (BERTAGNOLLO / LAURENT, 2005, p. 123).

<sup>81</sup> MOOR, Pierre, *Droit administratif*, v. I, Berne, 1994, p. 37 ss.

<sup>82</sup> Ver acima ch. 0.

<sup>83</sup> Sobre a natureza desse princípio, ver FLÜCKIGER, Alexandre, "Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité", *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93-119.

<sup>84</sup> AUBERT, Jean-François / MAHON, Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p.1291.

atingir as metas e objetivos visados<sup>81</sup>. A norma, uma vez que se inscreve em uma lógica de ação, reveste-se de um caráter instrumental. Ora, o instrumento tem vocação para servir o fim visado. Ele deve ser pertinente com relação a esse fim; ele é suscetível de ser modificado se os resultados esperados não se manifestam. Reconhece-se nisso as fases essenciais do procedimento metódico acima apresentadas<sup>82</sup>.

Na Suíça, nem a Constituição federal nem a legislação, a partir do momento em que fazem referência às exigências de um procedimento metódico no processo legislativo, não distinguem entre Direito Público e Direito Privado. No Direito federal, o fundamento da Legística – material – está na obrigação que a Assembléia federal tem de cuidar para que a eficácia das medidas tomadas pela confederação seja avaliada (artigo 170 Cst), consagrando um novo princípio constitucional: o da eficácia<sup>83</sup>. Essa disposição inclui, no seu campo de aplicação, tanto a atividade do conselho federal, da administração, dos tribunais federais, ou, ainda, as medidas tomadas pelos cantões no cumprimento do Direito federal<sup>84</sup>, quanto o conjunto de tarefas e de atividades da Assembléia federal<sup>85</sup>, inclusive a atividade legislativa do Parlamento<sup>86</sup>. Disso resulta que o Direito Privado não está isento dessa obrigação. A lei sobre a Assembléia federal<sup>87</sup> explicita esta última nos artigos 27 (avaliação da eficácia), 44, *alínea* 1, letra "f" (levar em conta os resultados das avaliações de eficácia pelas comissões parlamentares) e 141 (conteúdo da mensagem que acompanha um projeto de ato legislativo) notadamente. Esta última disposição obriga o conselho federal a fazer constar, na mensagem que acompanha todo projeto de ato, principalmente "os pontos de vista e variantes discutidas no estágio preliminar do procedimento legislativo e sua apreciação pelo conselho federal" (artigo 141, *alínea* 2, letra "c"), "as modalidades de execução do projeto, a avaliação à qual esta execução dará lugar e as possibilidades de execução que foram examinadas no estágio preliminar do procedimento legislativo" (artigo 141, *alínea* 2, letra "d"), "as conseqüências econômicas, sociais, ambientais do projeto" (artigo 141, *alínea* 2, letra "g"). Este artigo faz referência ao essencial do procedimento metódico

proposto pela Legística: elaboração das estratégias possíveis, factibilidade, avaliação tanto prospectiva quanto retrospectiva.

Por outro lado, em mais de 60 leis e ordenamentos federais, encontramos a obrigatoriedade de avaliar os efeitos de todo ato normativo ou de parte dele<sup>88</sup>. Essa obrigatoriedade, no mais das vezes, precedeu à do artigo 170 Cst. Vamos notar, portanto, que nenhuma legislação de Direito Privado dispõe formalmente, no momento, de uma cláusula de avaliação semelhante<sup>89</sup>.

Essa constatação não significa, no entanto, que esse domínio do Direito tenha permanecido totalmente impermeável a esse procedimento. Determinados ramos do Direito Privado, em particular os que têm suscitado o interesse da pesquisa sociológica, não ignoram as exigências metodológicas da Legística.

### C. A prática Legística em Direito Privado

Historicamente, o Código Civil suíço não foi elaborado com base em análises de terreno metódicas. O redator do Código baseou-se por vezes em pesquisas conduzidas com a especialistas nos domínios técnicos ou médico e efetuadas no final do século XIX em relação a determinadas matérias precisas<sup>90</sup>.

Essa falta de análise legística pode ainda ser observada nos nossos dias. Um exame dos trabalhos preparatórios das principais revisões legislativas de Direito Privado empreendidas nas duas últimas décadas mostra que, em geral, os legistas não podem se apoiar em análises muito aprofundadas da realidade que são levados a regulamentar. Certos domínios, por exemplo, o Direito de Família, constituem entretanto exceção. A revisão do direito de divórcio, empreendida nos anos 1990, mobilizou, assim, as competências pluridisciplinares, beneficiando numerosos estudos sociológicos<sup>91</sup>. A comissão de especialistas, conquanto reunisse somente juristas, logo conferiu uma grande importância ao diálogo interdisciplinar<sup>92</sup>. Ela organizou audiências com os

<sup>85</sup> EHRENZELLER, Bernhard / MASTRONARDI, Philippe / SCHWEIZER, Rainer J. / VALLENDER, Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich 2002, p. 1680.

<sup>86</sup> Office fédéral de la justice, *Efficacité des mesures prises par la Confédération: propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Rapport du Groupe de contact interdépartemental "Evaluations de l'efficacité" à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, Berne, 14 juin 2004, p. 11.

<sup>87</sup> RS 171.10.

<sup>88</sup> Pode-se encontrar a lista desses atos com o título "Clauses d'évaluation" no *site* do Office fédéral de la justice ([www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch), seção: thèmes, rubrique: documentation, sous-rubrique: documentation; situação em 1º de janeiro

de 2005, consultado em 2 de janeiro de 2006).

<sup>89</sup> Conforme a lista precedente.

<sup>90</sup>MERTENS,2004(nota 8), p. 49. Ver também DUNAND,2005b(nota 38), p. 60 s.

<sup>91</sup> Ver em especial PERRIN, Jean-François / TRICOT, Laurence, "Pratique judiciaire du divorce... Une recherche à finalité législative", Genève, 1986, *Travaux CETEL n°28*; BASTARD, Benoît / CARDIA-VONÈCHE, Laura / PERRIN Jean-François, *Pratiques judiciaires du divorce. Approche sociologique et perspectives de réforme*, Lausanne 1987; KELLERHALS, Jean et al., *Mariages au quotidien: inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne 1982; KELLERHALS, Jean / TROUTOT, Pierre-Yves, *Quelques lignes de relation entre divorce et modèles matrimoniaux*, Genève, 1981.

<sup>92</sup> RICHLI, Paul, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire*

especialistas da medicina, da psicologia, da sociologia, do trabalho social e do aconselhamento conjugal. Graças aos trabalhos encomendados pelo *Office Federal de Justice* e aos estudos de Sociologia do Direito realizados no âmbito do Centro de Estudos, de técnica e avaliação legislativas (Cetel) da Universidade de Genebra, a uma pesquisa com jovens filhos de pais divorciados, a uma análise de Direito Comparado e à avaliação das experiências estrangeiras, a comissão de especialistas dispôs de dados substanciais sobre a natureza do problema<sup>93</sup>. O mesmo se deu com a recente adaptação do direito de divórcio, que pôde levar em conta os resultados de uma vasta consulta a práticos, juízes, advogados e conciliadores<sup>94</sup>. Esse mesmo cuidado em conhecer empiricamente o terreno se verifica também no dossiê sobre a violência contra a infância. O grupo de especialistas, composto em sua maioria de práticos, procedeu a três grandes pesquisas empíricas e fez audiências tanto com os especialistas cientistas quanto com os militantes engajados na luta contra as violências conjugais<sup>95</sup>. O mesmo aconteceu com os trabalhos de revisão do direito de tutela, última etapa da grande revisão do Direito de Família, que foram conduzidos por comissões de especialistas interdisciplinares, apoiados por uma pesquisa financiada pelo Fundo Nacional de Pesquisa Científica e submetidos a uma consulta muito ampla dos práticos<sup>96</sup>.

Esses exemplos permanecem, no entanto, como exceção. Na maior parte das revisões legislativas atinentes ao Direito Privado, os trabalhos preparatórios são confiados a um número muito restrito de pessoas, essencialmente de formação jurídica (professores, advogados, juízes, etc.). Esses especialistas referem-se sobretudo à sua própria experiência pessoal, e os destinatários finais não são, praticamente, jamais consultados. E, quando o círculo das pessoas engajadas no processo se amplia, é para permitir a representação dos interesses organizados, e não para associar os representantes de disciplinas científicas pertinentes à matéria<sup>97</sup>. A título de exemplo, pode-se mencionar a revisão do direito de responsabilidade civil, reservado a especialistas juristas<sup>98</sup>. Em contrapartida, quando se trata de rever a

## A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO: DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

legislação dos cartéis ou a da concorrência desleal, foi aos representantes dos interesses organizados que se recorreu<sup>99</sup>. Paul Richli, com base em um exame da fase preparatória do processo legislativo no decurso dos últimos 20 anos abrangendo uma gama ampla (Direito de Família, direito das sociedades, direito da concorrência, Direito Constitucional, direito de Organização da Administração, direito da Saúde e Direito Penal)<sup>100</sup>, conclui que a elaboração normativa na Suíça permanece como atividade bastante afastada da multidisciplinaridade ao escrever que “as diferentes disciplinas científicas são solicitadas de maneira pontual e sem concepção explícita”<sup>101</sup>.

O Direito ocupa aí uma posição dominante. Significa dizer que o legislador e o legista, antes dele, não dispõem de todas as informações úteis para o conhecimento do domínio no qual querem intervir.

As observações críticas de Paul Richli não se dirigem somente à elaboração de projetos de interesse do Direito Privado. A ausência, ou a presença muito rara, de especialistas na matéria capazes de trazer uma informação objetiva ilustra as lacunas metodológicas de que sofre igualmente a concepção das legislações de Direito Público, tanto para o que é análise da realidade, escolha da estratégia de ação, quanto para a avaliação prospectiva de projetos.

### IV – Conclusão

A exigência de racionalidade na elaboração das leis nasceu na época contemporânea ao espírito das luzes. É verdade que hoje nós não podemos mais aceitar o axioma segundo o qual as boas leis fazem as sociedades boas. Mas sabemos que, se a ação pública quer conjugar eficácia e legitimidade, deve conhecer as características da realidade à qual se aplica e escolher os meios adequados aos objetivos visados.

Essa exigência não vale exclusivamente ou prioritariamente para um ou outro dos grandes setores do direito. A Constituição Federal, quando prescreve a avaliação

*Rechtsetzung : ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle, Genève, Munich 2000, p.30-31.

<sup>99</sup> RICHLI 2000 (nota 90), p.30-31.

<sup>94</sup> Office fédéral de la justice, *Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs*, maio de 2005.

<sup>95</sup> Office fédéral de la justice 2005 (nota 92), p. 32-33.

<sup>96</sup> Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle, *Protection de l'adulte : Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003.

<sup>97</sup> RICHLI 2000 (note 90), p. 37, menciona, por exemplo, a comissão de especialistas para a revisão da lei federal sobre a concorrência desleal, que era composta de 13 membros, 10 dos quais

eram representantes de organizações socioeconômicas; ou ainda a comissão encarregada da revisão total do direito dos cartéis, com 18 membros, dos quais 7 representavam interesses.

<sup>98</sup> WIDMER / WESSNER, sem data (nota 1).

<sup>99</sup> RICHLI, 2000 (nota 90), p. 37s.

<sup>100</sup> RICHLI, 2000 (nota 90).

<sup>101</sup> Tradução pessoal, RICHLI, 2000 (nota 90), p. 78.

<sup>102</sup> NOLL 1973 (nota 22), p. 68.

<sup>103</sup> NOLL 1973 (nota 22), p. 68.

da eficácia das medidas tomadas pelo Estado, não faz a distinção. Muito menos o Direito Privado pode furtar-se a essa exigência, à medida que ele não é mais destinado a regulamentar as relações sociais no seio de uma sociedade estável. Prova disso é a multiplicação das leis especiais, que vêm perturbar a sistemática fechada das grandes codificações, bem como o desenvolvimento da jurisprudência. Segundo essa ótica, a codificação não é a solução.

Sem dúvida, um procedimento metódico parece, à primeira vista, mais indicado e mais prático para a elaboração das legislações de Direito Público. É necessário procurar as razões desse relativo avanço metodológico no fato de que os objetos normativamente abrangidos pelo Direito Público – mas igualmente pelo Direito Penal – têm uma existência independentemente do Direito: o meio ambiente, o território, a doença, a velhice, a criminalidade não são basicamente fatos jurídicos. E não é por acaso, porque a elaboração do Direito de Família leva amplamente em conta os conhecimentos sociológicos nesse domínio. Essa sociologia “ponte”, como a qualifica Peter Noll<sup>102</sup>, que explora os mesmos objetos que certos ramos do Direito, faz enorme falta ou está muito pouco desenvolvida nos ramos do Direito cujo objeto tem existência apenas jurídica, como o contrato ou a pessoa moral.

Assim como a Sociologia da Família para o Direito de Família, ou a Criminologia para o Direito Penal, os diferentes ramos do Direito Privado, se querem preencher seu papel de “ciência normativa terapêutica” (*normative therapeutische Wissenschaft*), devem colaborar com seus homólogos dedicados ao diagnóstico<sup>103</sup>. Essa colaboração implica o reconhecimento prévio do fato de que nem a competência jurídica nem o ponto de vista dos representantes de interesses bastam para estabelecer as fundações empíricas de um edifício normativo.

Certamente não se deve mesmo esperar milagres de um procedimento legislativo racionalizado. Legislar permanecerá sempre uma hipótese colocada quanto à relação entre meios utilizados e objetivos visados. Essa incerteza resulta

A ELABORAÇÃO RACIONAL DO DIREITO PRIVADO:  
DA CODIFICAÇÃO À LEGÍSTICA

---

de nossa capacidade limitada de conhecer a realidade social, a complexidade das relações entre os atores sociais. Além disso, as exigências metódicas da Legística não devem fazer esquecer que a legislação continua sendo um jogo político, isso é, marcado pelos interesses, pelas paixões, pelas ideologias e pelas emoções. Apesar desses limites, o procedimento metódico se revela indispensável, como uma referência que se sabe que jamais poderá ser respeitada mas que chama incansavelmente à razão.

