

# **Formação do direito privado moderno. Codificação e sua ideologia. A "descodificação" e a "era dos estatutos". Repercussões jurídicas**

***José Gabriel Boschi***

*Especialista em Direito dos Negócios*

*pela Unisinos/RS*

*Mestre em Direito Civil pela PUCRS*

## **RESUMO**

O presente artigo pretende analisar o surgimento do direito privado moderno, sua origem e influência no sistema jurídico europeu e também na América Latina. Neste trabalho serão abordados, de forma breve, os componentes históricos, sociais, políticos e econômicos que acompanharam a evolução do direito privado a partir do seu surgimento até o seu momento de codificação. Antes, de forma introdutória, será exposto breve cenário social, político, econômico e jurídico da idade média, antecedente histórico da Era Moderna. No exame do surgimento do direito privado na Modernidade, serão expostos os pensamentos de autores e obras jurídicas mais importantes no processo de codificação europeu, em especial na França e na Alemanha, apontando-se críticas ao modelo de codificação, sobretudo por conta da influência que determinada classe social pode exercer sobre o processo de consolidação de leis em um país. Após, ingressa-se no estudo do momento histórico seguinte, representado na era das decodificações, em que inúmeras leis especiais passam a tratar de assuntos antes afetos aos códigos civis ou comerciais europeus e latino-americanos. A hiperinflação legislativa e a reflexão sobre seus efeitos encerram o presente trabalho.

Palavras-chaves: Direito Privado moderno. Codificação. Descodificação. Novos estatutos.

## **ABSTRACT**

This article aims to analyze the emergence of modern private law, its origin and influence in the European legal system and also in Latin America. This paper will briefly discuss the historical, social, political and economic components that accompanied the evolution of private law from its emergence until its codification. Before, in an introductory way, a brief

social, political, economic and juridical scenario of the middle ages, historical antecedents of the Modern Era will be exposed. In examining the emergence of private law in modernity, the thoughts of authors and more important legal works in the European codification process, especially in France and Germany, will be presented, pointing to criticisms of the codification model, mainly due to the influence that determined social class can exert on the process of consolidation of laws in a country. He then embarked on a study of the following historical moment, represented in the era of decodification, where numerous special laws deal with subjects formerly related to European and Latin American civil or commercial codes. Legislative hyperinflation and the reflection on its effects conclude the present work.

Keywords: Modern Private Law. Codification. Decoding. New statutes.

## **1 O fim da Idade Média e o início da Idade Moderna. O surgimento do direito privado**

Antes de se iniciar o exame da formação do direito privado moderno, é necessário tecer breves linhas introdutórias sobre os seus antecedentes históricos, para melhor compreender a própria noção de “privado” e de “moderno”.

Assim, antecede à Modernidade, na história, o período conhecido como Idade Média, que se dividiu em Alta Idade Média e Baixa Idade Média. A Alta Idade Média tem seu início com a queda do império do Ocidente, século V, e perdura até XI, quando então se inicia o período histórico anterior à Modernidade, chamado então Baixa Idade Média, que terá o seu declínio no século XV.

A Baixa Idade Média, especialmente o seu fim, e o início da Idade Moderna são períodos históricos marcados por profundas alterações no cenário urbano, político e econômico. É, sem dúvida, um período novo, de renascimento, em que os componentes e estruturas sociais irão ressurgir e se reinventar, assentando as bases para a Modernidade que se iniciará.<sup>1</sup>

Com efeito, a Baixa Idade Média assiste à crise e ao fim do sistema feudal que imperou em toda a Europa durante séculos anteriores, bem como ao surgimento das monarquias absolutistas europeias. Alguns fatos históricos são determinantes para isso.

Em primeiro lugar, o regime feudal não mais se sustenta com a força de séculos passados. O desenvolvimento agrícola dentro

<sup>1</sup> A respeito disso, veja-se Lima Lopes (2011).

dos seus limites, através da utilização do arado de ferro com rodas, dos moinhos hidráulicos e da atrelagem dos animais à carroça (aumentando a força de trabalho), rompe com a tradição arcaica feudal e cria um aumento exponencial de produção e riqueza.

Essa produção e riqueza serão consumidas por uma sociedade em crescimento populacional, tendo em vista o fim das guerras e epidemias decorrentes das cruzadas, o que vai durar ao menos até o século XIV, quando a peste bubônica (peste negra) dizimou quase um terço da população europeia. Com efeito, com o fim das batalhas no Oriente Médio houve relativa paz e tranquilidade aos povos europeus, gerando aumento da densidade populacional, o que, ao mesmo tempo em que deu vazão à produção agrícola também criou novas rotas comerciais para negociar as riquezas trazidas pelos combatentes, em comércio instaurado em burgos.

Consoante a História relata, ao retornarem das cruzadas, os cavaleiros saqueavam ou se apropriavam de riqueza (ouro, tecidos, temperos, obras de arte, entre outros) por onde passavam (especialmente nas cidades orientais) e comercializavam esses bens no seu regresso à Europa, criando, assim, rotas comerciais e feiras medievais.

O local para a realização desses negócios iniciou-se nas proximidades de abadias, igrejas, mosteiros e outras edificações religiosas, para proteger os comerciantes que ali se instalavam. Com o tempo, passou-se a chamar tais locais de burgos, e, conseqüentemente, de burguesia a classe negociante que ali operava. Outras atividades surgem em meio a esse cenário, como os artesãos, os cambistas (que trocavam moedas e bens por dinheiro) e os banqueiros (que guardavam recursos, emprestavam dinheiro etc.). O sistema capitalista tem ali o seu marco inicial.

O crescimento físico do local e a intensidade dos negócios fizeram com que muitos burgos edificassem muros para sua proteção, o que, com o passar dos tempos, ensejou as cidades muradas europeias. As cidades passaram a atrair aquelas pessoas que antes habitavam a zona rural e o campo.

Naturalmente todas essas transformações implicaram mudança no cenário jurídico, nesta transição da Idade Média para a Idade Moderna.

No regime feudal, o senhor proprietário de terras absorvia a função de legislar (na acepção de editar regras, e não como um poder constituído especificamente para tanto, o que somente irá ocorrer com o fim das monarquias absolutistas, que sucederam o regime feudal), administrar e impor sanção aos infrato-

res. Os camponeses, em troca do trabalho exercido nas terras do senhor, recebiam proteção militar. Havia, nesse contexto, prevalência de normatização das relações jurídicas públicas, com acentuada incidência na cobrança de taxas e tributos e delimitação da propriedade, a qual, aliás, hierarquizava a própria sociedade feudal.

A Igreja organizou-se de forma semelhante ao sistema de domínios da sociedade feudal, ao criar mosteiros, abadias e igrejas fortificadas, as quais funcionavam à semelhança de castelos e vilas feudais. Apoiou a disseminação do feudalismo porque, através da descentralização que ele proporcionava, a manutenção dos domínios eclesiais inalienáveis era facilitada.

A Igreja exercia relevante papel na regulação da vida das pessoas, ao regular muitos assuntos ligados à relação familiar e até aos negócios, coibindo práticas mercantis e limitando contratos.

Com o surgimento dos burgos e do comércio e com a migração das pessoas da zona feudal para as áreas de comércio, houve natural diminuição dos trabalhadores rurais e por isso os senhores feudais obrigaram-se a estimular os servos a permanecer nas zonas de feudo, através da redução de tributos e de estímulo financeiro. Porém, o movimento de urbanização era irreversível na Europa.

Ao mesmo tempo em que o século XI é um marco de declínio do sistema feudal, é também marcado pelo movimento de estudo do direito justiniano ou *Corpus Iuris Civilis*<sup>2</sup>, especialmente

---

<sup>2</sup> No século VI o imperador do Império Romano do Oriente (chamado Império Bizantino), preocupado com a decadência do antigo direito romano, no ano de 528 encarregou Triboniano, homem de confiança, de resgatar o direito romano clássico, a fim de preservar aspectos jurídicos relevantes. Triboniano, então, reuniu juristas e cumpriu o encargo compilando com muito esforço a obra em quatro partes. Já no ano seguinte foi publicado o **Codex**, que reunia as “constituições” imperiais, ou seja, o conjunto da “legislação” promulgada pelos antigos Imperadores Romanos, especialmente do Império Romano do Ocidente. Em 533 são publicadas as **Institutas** e o **Digesto**, sendo aquelas uma espécie de manual de Direito, inspirado na obra homônima do jurisconsulto clássico Gaio, destinada aos funcionários graduados do Império, que representavam o poder central junto às províncias do Império Bizantino. O *Digesto* (designação latina, ou *Pandectae* ou *Pandectas*, em grego) reunia os textos dos maiores jurisconsultos clássicos (cerca de 40 autores), através de uma compilação sobre temas jurídicos, buscando uma possível harmonização. A obra é dividida em 50 livros, subdivididos em aproximadamente 1.500 títulos. Por fim, já quando falecido Justiniano, no século IV (565), foi publicada as **Novelas** (ou *Novellae*), obra que reunia a obra legiferante de Justiniano – foram mais de 177 “constituições” imperiais

o Digesto, que se inicia na Universidade de Bologna, na Itália, e estende-se por outras universidades europeias. Nos séculos seguintes, mais precisamente nos séculos XII e XIII, surge a chamada escola de glosadores e, posteriormente, comentadores, o que será conhecido na História também como *mos italicus* e será a base para o *ius commune*, o direito comum, aplicado a toda a Europa nos séculos seguintes.

Com efeito, os glosadores procediam às anotações ao lado do Digesto de Justiniano e buscavam a interpretação e eliminação das ambiguidades do texto, para depois sistematizar a glosa. Não havia, contudo, aplicação aos casos reais, práticos, pois o ensino jurídico era analítico, voltado para a lógica interna dos textos. Diferentemente do tradicional método teológico, que busca o sentido e significado, as glosas procediam à análise de cada palavra, na tentativa de extrair a correta compreensão do texto. No século XIII, pode-se dizer que a compilação justiniana havia sido totalmente glosada, de modo que no século seguinte um novo método inicia-se para estudo e ensino jurídico, com influência determinante até o século XV: os comentaristas, que aprofundaram o método interpretativo do direito romano aos casos contemporâneos de época. A maior intenção era sistematizar o direito romano então glosado, de forma que os comentadores caracterizavam-se por buscar solucionar controvérsias e problemas reais advindos da aplicação do Digesto. Os comentadores tornam possível a convivência da tradição feudal com as novas tendências da vida europeia, reproduzidas no comércio e na monetarização da vida e das obrigações e no direito de terras e sucessão. Podem-se referir como expoentes os comentadores Cino de Pistóia (1270-1336), Baldo de Ulbadis (1327-1400) e principalmente Bártolo de Sassoferrato (1314-1357).

---

por ele baixadas, inovando o direito anterior. O *Corpus Juris Civilis* é o conjunto das quatro partes da obra de Justiniano e recebe esse nome quando do início do estudo pelas universidades europeias, na Baixa Idade Média. De sua criação até sua redescoberta, ou seja, entre os séculos VI e XI, o *Corpus* não teve quase nenhuma importância no espaço jurídico europeu, em razão da enorme feudalização que se vivia na Alta Idade Média, com acentuada involução jurídica e ausência de estudos jurídicos formais. Naquele período a sociedade, quase que exclusivamente rural, era regida por um direito costumeiro bastante primitivo. Todavia, com a redescoberta dos textos do *Corpus*, com especial destaque para o Digesto, o *Corpus Juris Civilis* veio a ter uma crucial importância para o renascimento do direito. Esse renascimento jurídico inicia no norte da Itália, no século XI, com a fundação das primeiras universidades, e nos séculos seguintes se espalha por toda a Itália e pelos demais países europeus. A respeito disso veja-se Schipani (1996) e Facchini Neto e Haeblerlin (2014).

Aos comentadores sucederam-se, no século XVI, na França, os humanistas, que corrigiram os métodos empregados pelos comentadores, para reaver a pureza dos textos da Antiguidade. A escola humanista chamou-se também escola culta, elegante ou *mos gallicus docendi*. Havia, nos humanistas, atenção à Antiguidade clássica, própria do Renascimento, o que, em se tratando de direito, representou o apego aos textos originais do direito romano. Os humanistas beneficiaram-se com o progressivo fortalecimento das monarquias absolutistas e dos direitos nacionais, o que libertava o direito romano de fins práticos. Assim, consideravam o direito romano a ser estudado como ramo da história do direito, e não como o direito atual e vigente.<sup>3</sup>

Não se pode furtar a referência à influência do direito romano na Alemanha, através do movimento migratório de alunos alemães para universidades italianas, a partir do século XIII. Os estudantes, quando do retorno à Alemanha, fundaram algumas universidades, como a de Heidelberg, em 1386, a de Colônia, em 1388, a de Wurzburg, em 1402, e a de Leipzig, em 1409, entre outras.

A partir do século XV, a recepção do direito romano na Alemanha acentua-se com mais vigor, o que se justifica pelo aumento das universidades alemãs, pela forte centralização monárquica, o que culminou com o decreto imperial do Imperador Maximiliano I, em 1495, segundo o qual os casos levados ao Tribunal da Câmara Imperial seriam julgados de acordo com o direito comum, isso é, o Direito romano, versado nas universidades.

Consoante se vê, portanto, ao fim da Idade Média o direito privado sofria influência do direito romano, canônico e feudal. O direito romano era o direito comum europeu, fundado nos textos romanos (principalmente o Digesto), a partir, primeiro, do *mos italicus* (iniciado pelos glosadores italianos nos séculos XII e XIII e desenvolvido pelos comentadores ou pós-glosadores nos séculos XIV e XV); passando pelo *mos gallicus* ou “jurisprudência culta” ou “elegante” (desenvolvido pelos juristas humanistas franceses, no século XV), culminando no *mos germanicus* (desenvolvido pelos alemães, de cunho mais racional e sistemático, a partir do século XVII e principalmente no século XVIII). Somente com a consolidação das monarquias absolutistas é que este processo de unificação legislativa ganhará força, até se ultimar nas codificações oitocentistas. Porém, até lá, um grande caminho é percorrido, conforme se passa a expor no próximo item.

<sup>3</sup> A respeito disso, veja-se Zweigert e Kötz (1998).

## 2 A Idade Moderna e o direito privado

A Idade Moderna é o período histórico que se inicia no século XVI e vai até o século XVIII, com profundas mudanças na ordem econômica, política, jurídica e humana dos países ocidentais. Pode-se dizer que a transição do medievo para a modernidade passa pela queda do Império Romano do Oriente (Bizantino), pela reforma protestante e pelo surgimento e consolidação das grandes navegações. Há, assim, novas riquezas advindas da posse, das invenções, do direito do mar, sobre índios e territórios conquistados.<sup>4</sup>

O direito privado, neste contexto, especialmente no surgimento do Estado Moderno, ainda era tratado pontualmente, não era um ramo do direito com formação sistêmica (como não era, aliás, o próprio direito). Não havia unidade uma vez que não havia unidade sequer territorial. Isso muda, paulatinamente contudo, com a consolidação do Estado Moderno e das monarquias absolutistas (que também representam a transição da idade média para a idade moderna). Contudo, ainda que não fosse organizado e sistemático, já não era mais subordinado ou

<sup>4</sup> Muito do que se comenta, nos dias atuais, sobre importantes acontecimentos históricos do passado refere-se ao período modernista. Assim, entre inúmeros acontecimentos do século XVI, pode-se referir, por exemplo, as pinturas de Mona Lisa por Leonardo da Vinci e na Capela Sistina por Michelangelo; a ocorrência de grandes navegações e descobertas marítimas (assim, os franceses chegam às costas brasileiras; os espanhóis conquistam os astecas no México e os incas no Peru; a expedição de Martim Afonso de Souza marca o início da colonização no Brasil, com a chegada dos primeiros escravos em meados do século: os portugueses aportam em Macau, na China), a primeira universidade é fundada na América Latina, em Lima, no Peru; São Paulo, Salvador e Rio de Janeiro são fundadas no Brasil; Camões publica o clássico *Os Lusíadas* e William Shakespeare publica *Romeu e Julieta*. O século seguinte foi de continuidade do período de pujança nas artes, literatura, do comércio e da ciência. Assim, pode-se referir que no século 1600 William Shakespeare escreve *Hamlet*; Galileu inventa o telescópio; os franceses fundam São Luís, e os holandeses, Recife; o Padre Antônio Vieira chega ao Brasil; Miguel de Cervantes publica *Dom Quixote*, e René Descartes, *O Método*; Thomas Hobbes publica *O Leviatã*; Isaac Newton publica a Lei da Gravidade; a Revolução Gloriosa surge na Inglaterra; entre outros. Por fim, no século XVIII, pode-se referir que se acentuam os conflitos nos territórios conquistados e nas colônias; desenvolvem-se avanços na ciência e, entre outros, Rousseau publica o *Contrato Social*; Luís XVI torna-se rei na França; Goethe escreve *Werther*; início e fim da Guerra da Independência nos EUA; Kant publica *Crítica da Razão Pura*; e finalmente a ocorrência da Revolução Francesa, que marca o fim da Idade Moderna e início da Contemporânea ou Período Liberal. A respeito disso, vejam-se Lima Lopes (2011); Fausto (2012) e Forgioni (2012).

estritamente dependente do direito público, como fora o marco do período medieval e feudalista. Passa-se, agora, a haver uma relação de mútua convivência, sem necessária superioridade de um sobre o outro, sendo este período histórico o momento, aliás, no qual se afirma ter surgido definitivamente a separação própria e conceitual entre estes ramos do direito.

Aos governantes passa a ser relevante o reconhecimento, valorização e disciplina jurídica de relações privadas, ao mesmo tempo em que para a burguesia emergente passa-se a ser relevante, também, a regulação e sistematização de um direito público, não mais sobreposto ao direito privado. Os burgueses ansiavam, neste primeiro momento, de formação e consolidação do Estado Moderno, quando surgiam como classe comerciante dominante, que os governantes os protegessem enquanto classe econômica – através de medidas voltadas ao comércio – bem como enquanto próprios governados – mediante proteção de fronteiras territoriais às invasões vizinhas. Da mesma forma, ao monarca passava a ser interessante um direito privado regulador da atividade mercantil emergente, de modo a poder cobrar com êxito tributos e regular a atividade que surgia.

A respeito disso é a lição de Facchini Neto (2010, p. 41), segundo a qual:

A partir do final da I. Média, com a formação do Estado Moderno, há uma nova interpretação entre o direito público e o direito privado, com uma funcionalização do poder público ao privado (pois interessava à burguesia emergente o fortalecimento da monarquia nacional, já que um governo centralizado e único tenderia a favorecer o desenvolvimento do comércio, reduzindo as barreiras alfandegárias, as múltiplas moedas, etc.), mas também com uma funcionalização do privado ao público (já que igualmente interessava ao monarca o fortalecimento da burguesia, de quem se cobrava tributos cada vez maiores, e de quem aquele obtinha empréstimos para financiar suas campanhas militares e outros empreendimentos régios).

Como referido antes, o fim da Idade Média e o surgimento da Modernidade assistem ao direito privado fruto dos *mos italicus*, passando pelo *mos gallicus* e, por fim, pelo *mos germanicus*. Era um direito que se assentava no direito romano, especialmente na Itália e no sul da França, ou no costume, sobretudo no norte da França e Alemanha, onde, a despeito do recebimento do direito romano, este não era prevalente. Ainda, o direito privado possuía forte caráter de vinculação ao próprio direito canônico, o



que foi esvaziando-se com o período iluminista. Na Itália e sul da França, o direito privado será chamado de *droit écrit*, ao passo que no norte da França e Alemanha o direito privado será chamado de *droit coutumier* (pela influência do direito romano e pelos costumes, respectivamente).

Os séculos XVII e XVIII assistem também ao surgimento do jusnaturalismo e posteriormente ao jusracionalismo, o que será o antecedente histórico da Revolução Francesa, que se avizinha.<sup>5</sup>

O jusnaturalismo consagra o predomínio da individualidade humana, com base na própria natureza do homem. Por esse motivo o retrato humano se sobressai como objeto de inspiração nas artes, cujo ambiente é, sobretudo, personalista e individualista. O direito não seria mais de natureza secular, ou seja, vinculado aos dogmas da Igreja, mas sim decorrente da condição humana. O homem deixa de olhar para o céu e passa a olhar para si, como fonte e fundamento jurídico.

O jusracionalismo, ao seu turno, desenvolvido a partir do século XVII e hegemônico até fins do século XVIII, traz a acepção de um direito natural racional, fruto da razão humana. Diz-se instrumental, pois a razão do homem deve ser instrumento para a paz civil e prosperidade econômica. Diz-se não finalista, uma vez que os fins humanos são distintos, disformes e relativos (as guerras questionam os dogmas impostos de finalidade). A razão do homem deve ser instrumental, paz civil e prosperidade econômica. Pretendia, em síntese, que o direito fosse fundado em princípios racionais válidos independentemente das condições sociais ou culturais nas quais foi formulado ou das sociedades que deveria reger.

Seu ciclo encerra-se com a Revolução Francesa, que ensejou dois movimentos positivistas jurídicos: o primeiro, na França, no qual a escola da exegese ou de hermenêutica imperativista propunha positivismo legalista e de estrita observância à lei posta no Código Napoleônico; o segundo, nos estados germânicos, através da Escola Histórica do Direito, cujo método deu origem à chamada "jurisprudência dos conceitos", de hermenêutica metodológica, que propunha um positivismo conceitualista.

Foram expoentes do pensamento jusnaturalista e jusracionalista, entre outros, o francês René Descartes, que buscou o discurso do método para o reconhecimento de um direito sistemático; o alemão Hugo Grocius e o inglês John Locke, sendo aquele o de maior exponencial neste pensamento jurídico na Europa, tendo ambos se atido acerca da filosofia política que

<sup>5</sup> A respeito disso, veja-se Bobbio (1988).

abordasse liberdade religiosa, individualismo e crença); o alemão Samuel Pufendorf e os franceses Domat e Robert Pothier, cujo objeto de estudo foi o mercado e a obrigatoriedade no vínculo celebrado entre as partes.

Domat, por sinal, que viveu entre 1625-1696, publicou relevante obra civil, denominada *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), em que buscou sistematizar e adaptar o direito romano aos novos tempos, à luz das ideias jusnaturalísticas então em ascensão. Especialmente no que se refere à responsabilidade civil, Domat influenciou notavelmente a concepção francesa da responsabilidade civil subjetiva e é dele a base da redação do célebre art. 1.382 do Código Civil frances (cláusula geral da responsabilidade civil com base na culpa), que posteriormente influenciou o Código Civil italiano e os artigos 159 e 186 do Código Civil brasileiro de 1916.

Já Pothier (1699-1772) era considerado mestre tanto do direito romano como do direito consuetudinário e foi quem maior influência teve sobre a redação do Código Civil francês. Em 1740 publicara célebre comentário sobre os costumes de Orleans e em 1748 escreveu sobre o direito romano, na obra intitulada *Pandectae in novum ordinem digestae*. Sua obra mais famosa, contudo, foi *Traitei des Obligations*, considerada o modelo de tratado jurídico na Europa do século XVIII.

Dito isso, e vistos (ainda que de forma sintética) os movimentos políticos e jurídicos na Idade Moderna, passa-se ao exame dos atos normativos existentes na França e na Alemanha durante a Era Moderna, o que foi antecedente para as respectivas codificações.

### 3 A era das codificações. Seus antecedentes e sua ideologia

#### a) Na França

No século XVI há várias ordenações (*ordonnances*) editadas pelo rei, na falta de um parlamento legiferante. As monarquias absolutistas já vigiam com força em diversos países na Europa.

Já nos séculos XVI e XVII há uma intervenção legislativa mais incisiva, sobretudo no direito material. Pode-se citar, como exemplo, a *Ordonnance de Moulins*, de 1566, exigindo prova escrita para os contratos e criando a figura da hipoteca judiciária; a *Ordonnance du Commerce*, de 1673; o *Code de la Marine*, de 1681, todos regulamentando o direito comercial terrestre e marítimo. Vê-se, nesse cenário, flagrantemente a tradição latina de disciplinar, de forma separada, o direito comercial e o direito civil.

O século XVIII, sob o reinado de Luís XV e em anos antecedentes à criação do *Code*, assiste às *Ordonnances* sobre doações (de 1731); sobre testamentos (de 1735); e sobre fideicomisso (1747). As duas primeiras ordenações foram grandemente retomadas por ocasião da redação do Código Civil Napoleônico de 1804.

O sistema de governo existente e os atos da monarquia francesa, contudo, conduziam a um cenário de profunda insatisfação da classe dominante, a burguesia, que era taxada sensivelmente em sua atividade mercantil. Assim, aliado a um cenário de profunda desigualdade, o século XVIII caminha, na França, para o evento que marcará o fim da Idade Moderna e o início do liberalismo, que será a Revolução Francesa.

Assim, a revolução, que se inicia simbolicamente com a queda da Bastilha, prisão francesa símbolo da opressão e violência do regime absolutista, consolida os ideais políticos da classe burguesa que irá ascender ao poder: igualdade, liberdade e fraternidade. A autonomia da vontade, respeitada em seu grau máximo, será o princípio otimizador do valor liberdade, em especial nos negócios de circulação de riquezas, principalmente no primeiro ciclo de codificações. O mercado e os interesses comerciais passam a ser decisivos para as ações individuais e também para as próprias escolhas políticas, por isso a noção de Estado Liberal e pouco intervencionista.

O direito, como consequência da revolução, passa a ser estatal e burguês. Inicia-se, assim, o projeto de criação do Código Civil francês, em observância à própria Constituição francesa de 1791: *"il sera fait un code de lois civiles communes à toute le royaume"* (título I, L). Com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, no final do século XVIII, quase início do século XIX, intensificam-se as atividades para confecção do *Code*, o qual vem a ser publicado em 21 de março de 1804. Sua vigência sacramenta definitivamente a separação entre o direito público e o direito privado, ficando este para as relações econômicas entre os governados e aquele para a política, sociedade civil e relações de Estado. Nesse sentido é a lição de Díez-Picazo e Gullón (1995, p. 37):

La cristalización definitiva del derecho civil como derecho nacional y privado se opera con la condificación. La idea de un Código civil hay que ligarla con el pensamiento de la Ilustración u del racionalismo que dominó en Europa a partir del siglo XVIII. Hasta ese momento se acostumbraba a recoger las diversas leyes vigentes en un determinado momento en un

solo texto, recopilándolas. La idea de la codificación es, sin embargo, más amplia que la de una pura recompilación de textos.

O Código Napoleônico trouxe equilíbrio entre as disposições próprias do direito romano e do direito costumeiro que vigiam na França até então.<sup>6</sup> Napoleão nomeou uma comissão composta por quatro advogados: Trochet, Bigot Du Pémameneu, Portalis e Mavile, sendo os primeiros dois originários do norte, região do direito costumeiro (*droit coutumier*), e os outros dois do sul, região do *droit écrit*. Napoleão tinha tanto interesse na obra que presidiu pessoalmente inúmeras sessões de deliberação sobre normas do código.

O código tem seus 36 títulos divididos em três livros e por isso traz a ideia de sistematização. Ele dispõe sobre as pessoas, sobre as coisas e sobre a propriedade (obrigações), em mais de 2 mil artigos.

Há que se destacar a relevância da disciplina dos vícios da vontade, da culpa e da responsabilidade civil. Não importam ao código, por outro lado, aspectos de justiça contratual, como a revisão do contrato, por exemplo. Vigia, na excelência, o dogma do *pacta sun servanda*. Por outro lado, é relevante o estudo dos vícios da vontade, já que a vontade livre era pilar de validade do próprio sistema jurídico privado.

A ideologia que marca o Código Civil e a própria era das codificações que se seguiram, assim, é da busca de uma legislação completa, clara e coerente, naquilo que se pode chamar de a "ideologia dos três C".<sup>7</sup>

A completude representa a ideia de que seria possível regular todas as relações jurídicas dentro do Diploma Civil. O Código, com toda a sua vasta disposição normativa, teria a pretensão de antever e dispor sobre todas as relações privadas, tendo Napoleão a pretensão de formular um código como verdadeira obra para o presente e futuro. Tanto é assim que se lhe atribui a frase de que o seu verdadeiro legado à história não seriam as batalhas vencidas, mas o Código Civil francês por ele publicado.

A clareza impunha a noção de que as disposições do Código seriam facilmente interpretadas pelo aplicador da lei e pelo próprio jurisdicionado. Esta, aliás, é outra característica do código: a sua redação não complexa e sua pretensão de que todos os franceses pudessem entendê-lo.

<sup>6</sup> Importa destacar, contudo, que, ainda que tenha havido uma nova ordem jurídica com a Revolução Francesa, não há uma revogação da legislação do *ancien régime*.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Facchini Neto (2010, p. 44).

Por fim, a coerência pressupunha a ausência de antinomia no Código Civil francês, ou seja, a ausência de conflito entre as normas ali dispostas.

A completude, a clareza e a coerência (ausência de antinomia), ademais, serviriam para afastar eventual pretensão do aplicador da lei em interpretá-la de acordo com suas convicções e ideologias, superando as disposições expressas na lei e os valores implicitamente contidos nas normas do *Code*. Como a burguesia temia a arbitrariedade e a parcialidade monárquica, não desejava que o juiz ripristinasse essa prática aplicando a lei como “bem quisesse”. Por isso Montesquieu consagrou em sua obra clássica que o juiz deveria ser tão e simplesmente a boca da lei, ou seja, sem atividade interpretativa.

A respeito disso, importa trazer a lição de Wleacker (1993, p. 367):

os códigos jusnaturalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas do seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor. [...] Foi por esses mesmos motivos que os códigos jusnaturalistas protestaram muito frequentemente e de forma expressa contra os costumes e preconceitos que se lhes opunham.

Esse pensamento, aliás, será o fundamento da Escola de Exegese, que predominará a partir da publicação do Código.

A Escola de Exegese, com efeito, imporá uma submissão do juiz à figura de um intérprete racional e sistemático. Para os exegéticos, interpretar é simplesmente conhecer a vontade do legislador. Como o legislador trouxe para a confecção do Código os valores da Revolução Francesa, eram eles que estavam implícitos e explícitos nas normas do *Code*, bastando ao juiz simplesmente aplicá-lo. O Código ganha mais relevo do que o próprio direito civil, a ponto de os manuais publicados na época trazerem introdução ao Código Civil, e não introdução ao direito civil. Nesse sentido pode-se referir a clássica frase do magistrado Jean Joseph Bugnet, que, diante da completude, clareza e coerência do *Code*, não ensinaria direito civil, mas sim o próprio Código de Napoleão.

Acerca do método exegético, importa trazer a lição de Sacco (2001, p. 271), para quem

A classificação do método francês do período 1806-80 como método exegético tem, em todo o caso, um valor negativo. Serve para explicar que o intérprete francês da época não conceitualiza, não sistematiza, não elabora juízos de valor. A centralização monárquica, primeiro, a Revolução, depois, confiaram o direito aos práticos (legislador, acima de todos, e depois juízes), e não aos professores. O prático se ocupa das regras de direito, o professor, respeitador das instituições, analisa regras de direito: regras legais, e acima de tudo, e integradas, se for o caso, por regras romanas, consuetudinárias, e reais. Mas se ocupar sempre de regras.

Posteriormente ela será confrontada pela Escola Científica ou de Livre Investigação Científica, de François Geny, que na sua essência determina que o direito não se reduz à lei, sendo necessária a investigação além dos preceitos impostos pelo legislador.

Como obras doutrinárias relevantes após a publicação do Código francês, muitas delas trazendo em seu título a menção ao estudo do *Code* (e não do direito civil), pode-se referir as obras de Jean Proudhon, *Cours de droit français* (1809); Alexandre Duranton, *Cours de droit français: suivant le Code civil* (1825); Hyacinthe Blondeau, *L'autorité de la loi: de quelle source doivent découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques* (1841); Charles Demolombe, *Cours de Code civil* (1845); e Charles Aubry e Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae* (1897).

Por fim, importa aludir que o Código Civil francês será, então, por todas as razões supraexpostas, adotado na Itália e na Espanha, entre outros países.

## **b) Na Alemanha**

Na Alemanha a discussão sobre um Código alemão surge já na primeira década dos oitocentos, com a derrota de Napoleão. Indaga-se um Código alemão para os alemães. Há, naquela época, 39 reinos, cada qual com seu ordenamento, e sem uma ordem superior legislativa unificante. Impunha-se, nesse cenário, uma unificação do direito privado.

Assim, em 1871 uma comissão com 11 membros é instituída, sendo o projeto reprovado. Em 1890, nova comissão é composta, sendo o trabalho concluído em 1895, com reforma em 1896,

sendo aprovado como terceiro projeto para vigorar em 1900. À exceção de Windscheid, os demais membros da comissão eram funcionários públicos, o que restringia a visão do mundo prático do Código que veio a ser promulgado.

A respeito da criação do Código Civil alemão, ensinam Facchini Neto e Haerberlin (2014, p. 263):

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) é produto da ciência jurídica pandectista de expressão alemã. As definições, cuidadosamente reduzidas em sistemas e auxiliadas por um aparato linguístico elaborado [...]. Nada é deixado à improvisação. A elaboração do Código Civil – prevista desde a unificação alemã, em 1871, com a fundação do Império (Reich) – durou mais de vinte anos. Um primeiro projeto, elaborado por uma comissão integrada, além de outros, por dois renomados juristas – Bernard Windscheid e Gottlieb Planck –, foi finalizado em 1887 e enviado às universidades, às cortes e aos altos funcionários do Estado, a fim de receber críticas e sugestões. As críticas, relacionadas ao excessivo viés doutrinário, à incompreensão da linguagem e à complexidade da técnica, fizeram com que fosse nomeada uma nova Comissão, em 1890, cujo trabalho cingiu-se, em grande parte, a uma revisão de linguagem. Foi esse o projeto aprovado em 1896 pelo Reichstag.

O BGB, assim, passa a ser o primeiro Código a possuir uma parte geral. A parte especial, com quatro divisões, também é diversa do *Code Napoléon*, com que, em verdade, não guarda identificação. A estrutura do Código é de rigor exaustivo e conceitual. Aos moldes alemães, parece-se com uma máquina perfeita, com uma grande engrenagem estruturalmente rigorosa, sem repetição de palavras e termos e com muita remissão a dispositivos quando já citados ao longo do corpo legal. Há, ademais, a inserção de cláusulas gerais, de modo a permitirem ao intérprete a frequente adaptação do Código às mudanças sociais. É um Código liberal e que na sua essência não se preocupou com as questões sociais que já se impunham nos oitocentos, com a Revolução Industrial já em vigor, e com todos os seus efeitos decorrentes (ausência quase completa da casuística). Por esse motivo, muitos afirmam que foi um Código que entrou de costas para o novo século.

A respeito disso, importa referir a lição de Andrade (1997, p. 10):

Contudo, embora logo tenha sido considerado como uma obra do mesmo nível do Code Civil, influenciando

diversos países, o BGB não foi para a Alemanha o que o Código de Napoleão foi para a França. E isto, talvez, porque ele foi mais uma consequência, um fruto tardio do liberalismo, do que uma semente. Quando ele surgiu, a hora e a vez do liberalismo e do positivismo já estavam passando.

A ideologia do Código é de consensualismo equilibrado, no qual a autonomia da vontade não possui a supremacia que lhe empresta o Código Civil francês. Com efeito, a liberdade individual cede frente à segurança jurídica e sofre enfrentamento pelas cláusulas gerais, ainda que de forma implícita. Não se pode furtrar de referir que o Código alemão apresenta importante diferenciação entre os negócios obrigacionais e os negócios reais, estes ligados ao princípio da abstração.

Assim como ocorrera com o *Code Napoleon*, o BGB também exerceu sensível influência nas codificações modernas, especialmente no que diz respeito à previsão de uma parte geral e de cláusulas gerais ao longo do texto, permitindo a atividade de integração das normas aos novos cenários sociais e comerciais.

O BGB influenciou os códigos da Suíça, Grécia e Portugal e do próprio Brasil, sobretudo o CCB/02.

#### **4 A era das descodificações. A hiperinflação legislativa**

A história assistiu a dois séculos de incessante trabalho de codificação dos sistemas jurídicos ocidentais, pela unificação política, territorial, e de modo a adequar o direito local a mudanças que se operavam com força desde a Idade Moderna. As vantagens das codificações foram evidentes, por sistematizar direitos não unificados e sem regulamentação legal, apenas costumeira. Por outro lado, não se pode desprezar que o processo de codificação trouxe a mácula de regular, dispor e até prestigiar os anseios, desejos, da classe política que dominava na época, o que poderia não reproduzir, necessariamente, os interesses da sociedade. Assim, por exemplo, certamente os ideais da burguesia, o que pautou a formação do Código Civil napoleônico, não interessavam à classe empregada, subordinada ou mais carente, que certamente postularia direitos de maior intervenção e proteção individual, o que, contudo, somente ocorrerá no século seguinte.

Após a era das codificações, contudo, assiste-se a um processo de hiperinflação legislativa, com a produção de inúmeras leis nacionais para tratar de assuntos não disciplinados no Código Civil respectivo.



A partir da Primeira Guerra Mundial, o mundo mergulha num período de incertezas, em que a dicotomia homem vs máquina tem papel fundamental no desequilíbrio de relações jurídicas laborais, habitacionais, sociais e influencia até mesmo no direito privado por excelência, o comercial. Este, contudo, vai sofrer profundo abalo a partir também da crise da bolsa de 29, nos Estados Unidos, e de outros acontecimentos que se sucederam, o que ira impor a exigência de que o Estado passe a intervir na economia e nas relações entre particulares, em movimento de contrafluxo ao que preconizava o liberalismo oitocentista. Há, na expressão de Gierke e Cimbali, um socialismo jurídico. Ao lado disso, os negócios tornam-se cada vez mais complexos e a evolução científica passa a exigir a regulação de novos direitos até então não reconhecidos ou não disciplinados.

Enfim, a própria sociedade está altamente diferenciada e pluralizada.

Esse é o cenário em que surgem, então, microsistemas legislativos, na expressão consagrada de Natalino Irti. Há, a partir de então, um particularismo jurídico, descentralizando-se, então, a unidade de direito privado até então vigente.

No Brasil o direito comercial possui papel relevante nesse processo de descodificação do direito privado, ao criar, sistematicamente, inúmeros diplomas legais para tratar pontualmente de aspectos comerciais. O direito civil, num movimento similar, passou também a dispor em leis esparsas sobre assuntos eminentemente de direito privado, o que rompe definitivamente a unidade desse ramo do direito. Há uma ramificação até então irreversível de novas disciplinas de direito privado.

Paradoxalmente, os estatutos que são editados, ao mesmo tempo em que se afastam do Código Civil – lei geral – e ao se afastarem criam, muitas vezes, antinomias sistêmicas, passam a receber o status, agora, de verdadeiros “códigos”. Por exemplo, cita-se o Código de Defesa do Consumidor, que, pela sua relevância, passou a gerar a indagação se seria um novo direito geral singular.

A preocupação pela falta de sistematização e harmonia entre os diplomas legais levou autores a repensar as confluências entre os microsistemas agora vigentes. E nesse sentido importa referir a doutrina do diálogo das fontes do professor de Heidelberg, Erik Jayme, e desenvolvida no Brasil pioneiramente por Cláudia Lima Marques.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor no comércio eletrônico. Conferência apresentada no Painel Direitos do Consumidor, dia 12 de novembro de 2002, na XVIII Conferência Nacional dos Advogados - Cidadania, Ética e Estado, em Salvador (BA), organizada pelo Conselho Federal da OAB.

Dito isso, e passando-se ao encerramento do artigo, questiona-se o futuro da codificação. As leis esparsas manterão os microsistemas em evidência, desprezando-se os códigos entendidos como leis gerais? Ou haverá um movimento cíclico de revalorização dos diplomas centrais, de modo a buscar harmonia, unidade e coerência para o direito privado? Terão as cláusulas gerais a habilidade e a aptidão de permitir que os diplomas gerais sejam fluidos e adaptáveis às realidades sempre mutantes?

A resposta não será padronizada, porque os países não caminham ao mesmo tempo e na mesma velocidade na História. Por exemplo, os países de independência tardia, de pós-guerra, como Egito (1948), Síria (1949), Iraque (1951) e Líbia (1953), necessitam de processo de unificação do direito, o que se traduz na criação de um diploma geral. No mesmo sentido, o Código turco (1940), ao buscar a efetivação de sua secularização, apoiando-se no Código suíço de obrigações.

Certamente, para uma efetivação e eficácia dos códigos gerais tal como concebidos em sua essência, haverá necessidade de reexame dos temas de direito privado, para uma melhor eleição e hierarquização dentro da ordem legal, cumprindo os princípios, cláusulas gerais, postulados etc., papel crucial de adequação dos tempos às novas realidades sociais e aos novos direitos existentes.

## Referências

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**: Crônica de um Conceito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** - Lições de Filosofia, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Instituciones de Derecho Civil**. Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2010. p. 37-73.

\_\_\_\_\_; HAEBERLIN, Martín P. O "estilo" jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 133, p. 245-281, mar. 2014.

FAUSTO, Boris. **A história do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SCHIPANI, Sandro. **La codi cazione del diritto romano comune**. Torino: Giappichelli, 1996.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. vol. I. Tradução Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè, 1998.