

# O FENÔMENO HISTÓRICO DA CODIFICAÇÃO

Mariana Kuhn de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** A codificação marcou profundamente o direito continental. Com a complexização da sociedade, principalmente com o nascimento da burguesia que queria positivar as liberdades, principalmente, econômicas que havia consagrado na prática se tem início o processo que resultará nos códigos modernos. A base ideológica desse processo encontra-se, principalmente, no jusnaturalismo, no jusracionalismo, no iluminismo, na idéia de soberania nacional e na afirmação dos direitos individuais. A unificação do direito em cada estado se deu pela unificação das fontes em uma principal: a estatal. Já a sistematização estava tão implícita no pensamento da época que foi primeiramente aplicada e depois percebida como tal e teorizada, isso, no entanto se deu de forma diferente em cada estado.

**Palavras-chave:** Codificação. Sistematização. *Code civil*. BGB.

---

## Introdução

O presente artigo versará sobre os códigos sistematizados surgidos na modernidade, bem como sobre o processo que levou a isso. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, tendo por objetivo explorar e desenvolver o tema proposto. O referencial teórico desse artigo está, principalmente, nos textos de Hespanha (2005) em assuntos relativos ao *Code civil*, de Savigny (1970) e de Wieacker (2004) em relação ao BGB, de Martins-Costa (1999) no que se refere à sistematização e de Grossi (2004) no que diz respeito às conseqüências do processo codificatório.

Nossa sociedade e, por isso, também o direito são marcados por idéias amplamente discutidas durante o período. Vivemos reflexos daquilo que se começou a construir na Idade Moderna. Para o direito, a codificação e a discussão relacionada à unidade e à sistematicidade do direito que iniciaram nesse momento foram, provavelmente, de importância uma na formação do moderno *civil law*. A codificação foi, primeiramente, a resposta para um problema prático: a sociedade havia se tornado mais complexa, o estado estava centralizado e burocratizado ou em fase de assim se tornar e, por isso, necessitava de um direito unificado. Além disso havia a burguesia, nova classe social que já havia conquistado o poder econômico, apoiando a codificação, afinal queria positivar direitos como a liberdade e a igualdade para garantir, principalmente, a liberdade econômica e igualdade jurídica.

Os ideais do processo que levou à codificação nasceram já no renascimento com os humanistas. A visão do homem racional como centro do mundo foi definitiva para a base ideológica que propulsionou a codificação. Jusnaturalistas, Iluministas e Jusracionalistas possuíam a racionalidade humana como ponto de partida para defender suas idéias, que, basicamente, eram a construção de um direito racional não divino, fruto da sociedade moderna. Já o conjunto de aspirações sociais que produziram o fenômeno da sistematização permeava as ciências, principalmente as exatas - todavia não deixou de também influenciar as humanas. A lógica matemática, de grande racionalidade havia, desde logo, adentrado no pensamento dos modernos: já se aplicava o sistema no direito quando se

---

<sup>1</sup> Estudante de Graduação, no 3º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS.

percebeu a sistematicidade desse. E quando se percebeu isso a ordem que era externa passou a ser interna desenvolvendo ainda mais o direito.

Essa comunhão de fatores histórico e ideológicos, presentes apenas na modernidade, é que gerou a codificação. O movimento codificatório só foi possível por haver um estado em vias de centralização ou já centralizado, uma base ideológica forte fundamentada na razão humana e a idéia de sistema, de lógica matemática implícita na forma de se perceber o direito. Ainda relevante para contemporaneidade, o movimento que levou a caracterização dos códigos que utilizamos hoje, torna-se essencial para a compreensão e aplicação do *civil law*.

## I O Fenômeno Codificatório

### I.1 Precedentes histórico-ideológicos

#### I.1.1 Precedentes históricos

A codificação é fruto da ideologia moderna, é um fenômeno cultural da modernidade<sup>2</sup>. Não seria possível, pelas diferentes condições históricas – e nem necessário –, visto que as sociedades anteriores não eram tão complexas, que se houvesse codificado o direito anterior àquele que nasceu da modernidade. Há características muito peculiares que durante a evolução histórica do direito só aconteceram nesse período.

A transição da idade média para a moderna na Europa ocidental, sob o ponto de vista da organização social, pode ser vista como um aumento da complexidade das sociedades. Há a transformação de sociedades antes descentralizadas em centralizadas com o absolutismo, o que cria uma máquina estatal mais complexa<sup>3</sup>, com uma burocracia maior e que muda a relação do estado com a população. Os códigos, como os conhecemos na idade contemporânea, só poderiam ter nascido em sociedades com essas características.

O código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único na história da legislação européia, ele apresenta um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana. (WIEACKER, Franz, 2004, p. 378)

No entanto, há um longo processo de formação do estado para que se chegue naquele estado centralizado, influenciado pelas ideologias que sugeriam a unificação e a sistematização do direito, idéias básicas para a codificação.

O perfil do monarca até o século XVII foi, na maior parte dos lugares, de arbitrar conflitos, ouvir queixas e estabelecer soluções mais justas, que valeriam, muitas vezes,

<sup>2</sup> “(...) a Modernidade pode ser compreendida não só como um “fluxo histórico do tempo”, mas como fenômeno cultural que implica “certas características específicas”, vivenciadas pela sociedade em sua estrutura organizacional. Há de se ver a Modernidade como resultante de procedimentos mundializados de racionalização, que ocorreram nas áreas socioeconômica, política e cultural.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante**. Florianópolis: Revista Seqüência, nº 50, p. 9-27, jul. 2005. Acessado em: 25 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/cultura%20jur%EDdica.pdf>> p.14

<sup>3</sup> É nesse processo que o estado vai adotando para si tarefas que antes pertenciam a privados e à Igreja, como a garantia de segurança que antes era papel do senhor feudal por exemplo.



também para os casos futuros. Após esse período, o monarca centralizou poderes em suas mãos. Essa vontade unificadora é um resquício cultural romano, afinal Roma se manteve, durante muito tempo, como um estado<sup>4</sup> unificado. Após a queda do império romano, tentou-se algumas vezes, de diferentes formas<sup>5</sup> a unificação, no entanto, isso só foi possível com os estados nacionais modernos.<sup>6</sup>

Com a centralização dos poderes nas mãos dos monarcas, a arbitragem de conflitos começou a ser exercida pela “instituição rei/príncipe”, afinal ainda não havia divisão de poderes e tanto o poder de legislar quanto o de julgar eram realizados pela mesma pessoa. Cabe esclarecer alguns pontos:

O direito, porém, não é ainda um direito legislado, já que a legislação desenvolveu-se em primeiro lugar sobre as matérias mais próximas do príncipe: o processo, a organização de seus oficiais e órgãos do governo, a administração e justiça, a polícia dos mercados. (LOPES, 2006, p. 213 – 214)

Assim, o direito relativo às questões administrativas e algumas outras com as quais o monarca tinha contato eram realizado por ele e o direito privado era realizado pelos próprios privados. A Igreja exigia jurisdição sobre o clero e sobre suas famílias, sobre os estudantes, sobre os cruzados, sobre as *personae miserabiles* (pessoas miseráveis: viúvas, órfãos e pobres) etc. Isso além dela ter jurisdição sobre qualquer assunto ligado aos sacramentos, juramentos, pecados, testamentos, bens do clero, dízimos, ou seja, sobre os direitos de família, de herança, de propriedade, penal, de delitos civis (fundamento na jurisdição sobre pecados) e de direito corporativo (a Igreja era responsável pela própria jurisdição). Sem esquecer que qualquer pessoa poderia recorrer, em casos excepcionais, ao direito canônico, o que durante um grande período aconteceu com frequência por esse estar mais organizado<sup>7</sup>.

Não se pensava, então, no direito como uma estrutura harmônica e ordenada de caráter geral, a todos igualmente aplicável, com vigência num determinado espaço em virtude de um comando unitário, de fonte legal. Vários direitos coexistiam contemporaneamente, várias fontes – a maior parte dela com formação extra-estatal – se imbricavam, sem que se pensasse no estabelecimento de laços entre elas. Ausência de ordem e de unidade; presença, contudo, de direitos. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 45)

Não havia um direito unificado, porém uma pluralidade de direitos. O que havia de leis escritas nessa época eram compilações de direito romano-medieval e interpretações, como as feitas pelos Glosadores e pelos Comentadores. As funções desempenhadas pelos juristas dessas escolas eram “uma interpretação despreocupada do texto justinianeu, na

<sup>4</sup> Aqui, a palavra *estado* não possui o mesmo significado daquele estado moderno conhecido pela nossa sociedade. Alguns autores chegam a discordar que essa expressão possa ser utilizada com o sentido que não relativo ao estado moderno, no entanto, optou-se por seguir Dallari e mantê-la. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>5</sup> A própria Igreja Católica tentou unificar a Europa politicamente por meio da religião, no entanto, isso não foi possível. A Igreja possuía grande jurisdição (direito Canônico comparativamente evoluído), o que era um fator unificador. Outra tentativa de unificação também pode ser percebida, primeiramente, com a concessão do Papa Leão III a Carlos Magno do título de imperador (sendo que isso não mudou muito o cenário político descentralizado) e, após, uma briga do poder papal com o poder temporal que só terminaria com a formação dos estados nacionais modernos. Sobre isso ver DALLARI, **Elementos de Teoria...**

<sup>6</sup> Ver DALLARI, **Elementos de Teoria...**, e também WIEACKER, **História do Direito...**

<sup>7</sup> Sobre a jurisdição eclesiástica ver: BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.



medida em que sabiam com certeza que se tratava de direito racional.” (LOPES, 2002, p. 134).

Havia também o direito produzido dentro das universidades. As universidades exerceram um papel importante na construção do direito medieval (isso acontece principalmente na Baixa Idade Média). Elas estavam ligadas à Igreja e a produção intelectual era feita, principalmente, por clérigos. A produção era, todavia, científica, não tratando apenas da fé. Há, nessas universidades, uma cultura de valorizar os textos antigos, elemento que fez das universidades do medievo fator importantíssimo na evolução do Direito<sup>8</sup>. Esse direito produzido pela doutrina terá papel importante na interpretação do direito codificado, tendo, inclusive, influenciado, principalmente no norte da Europa, os codificadores<sup>9</sup>.

Com a consolidação dos Estados Nacionais, alguns príncipes passaram a estender seus poderes também na esfera jurídica. Assim, a Igreja foi perdendo poder jurídico primeiramente para o príncipe e depois para o estado.

Na nova cultura secularizada, a convicção na capacidade do novo sujeito de ler a natureza das coisas passa a ser acompanhada por um problema que a velha cultura medieval e pós-medieval pôde ignorar: quem possui legitimidade para ler a natureza das coisas e dessa extrair regras normativas? A nada serve o antigo leitor, único e necessário, a Igreja Romana, já condenada ao sótão das superstições e eliminada da categoria das possíveis fontes de direito. (GROSSI, 2004, p. 112)

A legitimidade foi, primeiramente, concedida ao príncipe<sup>10</sup>, o qual, após ter sido gratificado no âmbito da Reforma religiosa com o comando das Igrejas Nacionais, vê-se, agora, honrado e onerado, com uma nova missão inteiramente temporal. O príncipe, assim, centralizava os poderes administrativos do estado, os religiosos e os de legislador. Após esse período, com a ascensão burguesa, a legitimidade foi transferida ao estado personificado no legislador, que será figura presente na codificação do direito.

### 1.1.2 As idéias por trás do fenômeno

Por trás do movimento como um todo, existiam algumas idéias principais. A primeira era a jusnaturalista moderna<sup>11</sup>. Os adeptos dessa escola se apoiavam na idéia de razão natural<sup>12</sup>, essa ordem natural, no entanto, não provinha de Deus como acontecia

<sup>8</sup> Ver LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

<sup>9</sup> “A codificação, por mais revolucionária que seja, constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida há séculos nas universidades. (...) Porque não realizar, sob o signo da razão que a partir de agora brilha de modo intensivo e governa o mundo (iluminismo), a etapa decisiva, que se impõe de um modo tão evidente depois de ter esperado tanto, e porque não fazer do direito modelo das universidades, completado e clarificado pela Escola do direito natural, o direito positivo, que será aplicado pela prática das diferentes nações?” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano, 1972, p. 72.

<sup>10</sup> Aqui se fala em príncipe, no entanto poderíamos falar também do rei, figura que, em outras partes da Europa, teve o mesmo papel daquele.

<sup>11</sup> Sobre a influência do jusnaturalismo moderno na codificação ver LOPES, **Curso de História...**, e CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>12</sup> “(essa escola) concebia o direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um direito natural aplicado”. CAENEGEM, **Uma introdução histórica...**, p. 165.



anteriormente, mas da vontade do homem<sup>13</sup>. Eles também acreditavam que o legislador (figura até então representada pelo rei) deveria ser uma figura universal, isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e lugares. É nesse poder concebido pelo legislador que os soberanos se interessam mais, afinal eles encontraram nessa idéia uma justificativa ideológica para seus interesses de unificação e consolidação dos Estados Nacionais- sendo que alguns também justificaram estados absolutos baseados nessa idéia<sup>14</sup>.

A segunda corrente é a Iluminista, que, nesse contexto, se confunde com a jusracionalista por apresentarem idéias bastante parecidas<sup>15</sup>. Foi por acreditar na importância que a vontade e a liberdade intelectual humana possuem que os jusracionalistas conceberam o uso da razão como princípio mais importante. Baseados nisso, eles combateram idéias religiosas ou supersticiosas que estavam ligadas ao direito.<sup>16</sup>

Os jusracionalistas também queriam ver sua ideologia refletida nas regras e princípios formadores do direito.

Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. (CAENEGEM, 1999, p. 163)

Os códigos seriam, então, para eles, conjuntos de leis responsáveis pela transformação da sociedade, seriam projetos para uma sociedade melhor, mais racional<sup>17</sup>.

Como terceiro elemento, tem-se o princípio da soberania nacional- objeto de desejo dos monarcas, já que isso lhes traria maior poder do que no medievo descentralizado<sup>18</sup>. Para que houvesse a soberania nacional seria necessário um direito nacional também. O direito em vigor anteriormente, além do eclesiástico, era o feudal, que se caracterizava por ser descentralizado- cada senhor feudal exercia o poder político e jurídico no seu feudo,

<sup>13</sup> “Recusando a concepção clássica duma ordem alicerçada na vontade divina e na própria natureza das coisas, relacionando todas as regras ao homem considerado como única realidade existente, a Escola do direito natural, mal denominada recusa o direito como um dado natural; o direito procede, segundo ela, da vontade do homem. (...) A razão humana, de futuro, será, por conseqüência, o único guia; ela conduzirá ao reconhecimento das regras de justiça dum direito universal, imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos.” DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 53.

<sup>14</sup> “(...) estes códigos (jusnaturalistas) pagam caro a simpatia dos legisladores absolutistas por soluções que restringissem o desenvolvimento científico do direito e que vinculassem a interpretação a comissões ministeriais (Prússia) ou a comissões legislativas (França)” WIEACKER, **História do Direito...**, p. 397.

<sup>15</sup> “O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais.” Ibidem, p. 353-354.

<sup>16</sup> A confiança na razão ilustrada significou expressamente o combate à tradição, à religião, à superstição e às sutilezas dos juristas em particular. Se a razão humana é universal, se qualquer um pode fazer uso de sua razão, então o direito deve ter a forma de princípios claros, evidentes, compreensíveis por qualquer um. LOPES, **Curso de História...**, p. 214.

<sup>17</sup> Para os Iluministas, os códigos seriam pré-projetos para uma sociedade melhor. WIEACKER, **História do Direito...**

<sup>18</sup> Ver GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.



fazendo justiça a partir dos costumes (direito consuetudinário). O direito nacional seria um direito único para cada estado, um fator de união.

Outro fator que influenciou o início do processo de codificação foi a afirmação das liberdades públicas em declarações que visavam a garantir liberdades subjetivas do cidadão- como a *Bill of Rights* da Inglaterra (1689) e a de alguns estados dos Estados Unidos da América (a mais importante foi a da Virgínia, 1776) e, obviamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França em 1789.<sup>19</sup>

Quanto à sistematização do direito, podemos dizer que foram os humanistas jurídicos os pioneiros ter essa idéia, era a primeira sistemática. Eles criticavam o *Corpus Juris* pela ausência de uma estrutura sistemática e pelo formalismo exagerado. A idéia de sistematização do direito é, então, advinda já do Renascimento. A segunda sistemática será a dos jusracionalistas, que trarão a idéia de sistema fechado por acreditarem num direito natural advindo da razão, eterno e imutável, já a terceira sistemática é advinda da escola pandectista e influenciará a codificação alemã (WOLKMER, julho de 2005, e MARTINS-COSTA, 1999).

Com base nessas vertentes, iniciam-se as tentativas de codificação do direito.

## 1.2 A codificação

### 1.2.1 Unificação e sistematização do direito

As sociedades com uma máquina estatal mais complexa necessitavam de organização para continuarem existindo, para isso um direito também sistematizado e organizado se fazia imprescindível<sup>20</sup>. Para que houvesse essa codificação sistemática do direito, era necessário que ele estivesse unificado, afinal “(...) a idéia de sistema implica também a de unidade.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 41).

A unificação do direito se deu pela unificação das fontes, antes plurais em uma principal: a estatal. Anteriormente, o direito era produzido, em grande parte, pelos costumes, pela religião, pelo monarca, pelo senhor feudal etc. A unificação do direito, assim, só foi possível com a centralização do estado e das fontes.

A necessidade de sistematização era algo que não fazia parte apenas da ordem pública, de organização do estado, mas de um movimento ideológico com grandes dimensões, que influenciou as ciências em geral. Tudo tendia a ser racional, de entendimento mais rápido e lógico, organizado, quase matemático.

A repercussão desse movimento teve maior intensidade nas ciências exatas: o desenvolvimento da matemática, com Descartes e o da Física, com Newton, por exemplo, foram avanços definitivos para todo o desenvolvimento dessas ciências. No entanto, essa sistematização não influenciou apenas as ciências exatas, mas também as ciências humanas, como o direito<sup>21</sup> – afinal a racionalização do pensamento permitia que se

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Sobre isso ver HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

<sup>21</sup> “A exigência de sistematização jurídica, assim considerada, coincide com a exigência de sistematização científica, elaborando-se, assim, uma ciência do direito cujos postulados serão fundamentais para compreender a função do direito moderno.” Ibidem, p. 98.



percebesse organização social de uma forma diferente<sup>22</sup> e também organizasse a sociedade de modo distinto. Os códigos dessa época se apresentam sistematizados por um método quase matemático<sup>23</sup>, dominados por uma ordem intrínseca, “o que lhes dá, aos nossos olhos, um aspecto ‘arrumado” (HESPANHA, 2005, p. 329).

O processo codificatório foi complicado, pois o implicou em legislar suprimindo o direito tradicional, que possui uma mutabilidade mais freqüente que o direito natural, e determinar pela força política as regras pelas quais se regeriam as atividades privadas, os códigos seriam, assim, perpétuos<sup>24</sup>, repositórios não do direito “voluntário”, mas do direito “natural”<sup>25</sup>.

Outro fator que deixou o processo um tanto conturbado foi o “absolutismo legislativo”<sup>26</sup>: muitos monarcas legislaram partindo de vontades pessoais, causando, por exemplo, nas revoluções inglesa e francesa, processos violentos (um rei inglês- Carlos I- foi julgado e decapitado).

### 1.2.2 Sobre as conseqüências do processo codificatório

A codificação gerou muitas mudanças na sociedade. Ao mesmo tempo em que ela foi fruto de uma nacionalização, ou seja, da idéia de que cada estado deveria ter seu direito e que esse deveria ser baseado no espírito daquele povo; a codificação também deu força ao movimento nacionalista:

Na realidade, o triunfo dos códigos nacionais trouxe consigo a nacionalização dos sistemas jurídicos, que caracterizou o desenvolvimento jurídico do século XIX. O direito nacional e o cosmopolita direito romano deram lugar a diferentes ordens jurídicas nacionais baseadas em códigos nacionais e na administração nacional da justiça. Esse desenvolvimento acompanhou o dos Estados soberanos nesse mesmo período, assim como o de várias correntes intelectuais. Na França, Montesquieu já havia ressaltado a necessidade de adaptar o direito ao “espírito” dos povos, e numerosos juristas alemães do fim do século XVIII e do século XIX estavam convencidos de que cada povo deve viver com suas próprias leis, adaptadas às suas necessidades particulares. (CAENEGEM, 1999, p. 201)

Esse direito de cada povo, todavia, também se mostrava universal: o fenômeno codificatório foi similar em boa parte da Europa ocidental. Aquelas sociedades haviam sofrido influências muito parecidas anteriormente (principalmente do direito romano) e durante seus processos de codificação (jusracionalismo, iluminismo etc). Isso tornava os direitos que elas haviam positivado, de certa forma, parecidos – sem deixar de ter suas

<sup>22</sup> “Clara está que a nascente ciência jurídica moderna (aquela baseada em códigos) não só se revela como produção de uma específica formação social e econômica mas, principalmente, consolida-se no processo de junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática.” WOLKMER, **Cultura Jurídica Moderna...**, p. 15.

<sup>23</sup> “La alternativa racionalista defiende particularmente (...) un ‘método axiomático’ o ‘matemático’; un método jurídico que, partiendo de principios evidentes para la razón humana e iguales, por lo tanto, para todo hombre, desenvuelva un sistema consecuente en todas sus particularidades” CLAVERO, Bartolomé. **História del Derecho: Derecho Común**. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1994, p. 110.

<sup>24</sup> A Constituição dos Estados Unidos da América foi constituída nessa idéia e é a mesma- e única- desde 1787.

<sup>25</sup> Sobre isso ver HESPANHA, **Cultura jurídica européia...**, e LOPES, **Curso de história...**

<sup>26</sup> Sobre o absolutismo legislativo ver LOPES, **Curso de história...**



peculiaridade, afinal eram fruto do nacionalismo. Esses direitos codificados e semelhantes em alguns pontos eram aspectos do mesmo Direito Privado. Há, nesse momento, então, o nascimento do moderno *Jus Commune*.<sup>27</sup>

Outra consequência da codificação que deve ser mencionada está relacionada com as fontes. Após o processo codificatório, o estado, que antes possuía papel secundário no direito, por meio de um conjunto de leis tornou-se fonte quase absoluta desse<sup>28</sup>. Dessa forma, lei torna-se sinônimo de direito para algumas pessoas, como nos mostra Grossi nestes dois excertos:

O direito mostra-se para ele (o homem do povo) somente como lei, e lei é comando autoritário que cai do alto sobre a indefesa comunidade dos cidadãos sem levar em conta os fermentos que circulam na consciência coletiva, indiferente à diversidade das situações que pretende regular. (GROSSI, 2004, p. 23-24)

O que o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais (...). Obviamente, a justiça, permanece como objetivo do ordenamento jurídico, mas é um objetivo exterior (...).(GROSSI, 2004, p. 23-24)

Muitas das leis produzidas pelo Estado contemporâneo estão em desacordo com a realidade e necessitam de interpretações que as conecte com a realidade. É a esse distanciamento que Grossi se refere quando fala da percepção do homem do povo, das garantias apenas formais e da justiça como objetivo exterior do direito contemporâneo.

## II O Code Civil e o BGB

### II.1 O Código civil francês (*Code civil*)

#### II.1.1 Considerações gerais

A idéia da codificação da França nasceu com a *revolução* de 1789: “(...) já a Assembléia Nacional Constituinte de 1790 tinha concebido o projeto de um código que sintetizasse, de forma acessível a todos, o novo direito revolucionário” (HESPANHA, 2005, p. 377). Isso se deu pela insegurança pós-revolução, era necessário que se instaurasse, juridicamente, ferramentas para o estabelecimento da paz e para a manutenção dos ideais revolucionários – os burgueses precisavam assegurar, entre outras coisas, a liberdade econômica que haviam conquistado.

Foi somente com a iniciativa de Napoleão, em 1800, no entanto, que a idéia foi posta em prática - não que antes não houvessem existido tentativas; essas, entretanto, haviam sido interrompidas por não se tratarem de interesses da classe dominante<sup>29</sup>. Assim, a codificação francesa não constituiu um resultado do absolutismo esclarecido, mas, nos seus primórdios, a obra de uma nação que instaurou e viveu uma revolução burguesa que influenciaria grande parte do ocidente. Paolo Grossi (2004):

<sup>27</sup> “Os vários Códigos e os vários Direitos, especialmente no terreno civil e comercial, constituem faces, aspectos de um só Direito Privado, do moderno *Jus Commune*, universal.” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 131-132.

<sup>28</sup> “O direito se faz *lei*, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra sua forma, o *código*, conjunto unitário de leis provindas de uma só fonte, o Estado.” MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito...**

<sup>29</sup> Ver WIEACKER, **História do direito...**



“... de fato o Código (Code civil) quer ser um ato de ruptura com o passado: não se trata de uma fonte nova ou de um novo modo de conceber e confeccionar com profundidade e amplitude a velha *ordonnance*<sup>30</sup> real; trata-se, ao contrário, de um modo novo de conceber a produção do direito, e, desse modo, o inteiro problema das fontes (monopólio da lei perante a doutrina), assim como o problema primário da conexão entre ordem jurídica e poder político.” (p. 106)

Sendo que após esse trecho ele mesmo faz uma ressalva: aqueles redigiram o código foram educados no regime anterior, sendo, então, portadores inconscientes de costumes já anteriormente enraizados. Há, assim, principalmente nos trabalhos preparatórios, alguns institutos de direito consuetudinário, contudo a mentalidade para se conceber o direito é inegavelmente diferente.

Em relação ao conteúdo, o *Code civil* possui grande influência do jusnaturalismo, a idéia de igualdade jurídica que foi positivada no código pertencia a essa corrente. O código, mesmo que a revolução tivesse caráter individualista, possuía uma tendência igualitária e centralizadora do poder no direito natural e no legislador<sup>31</sup>. Essa ideologia de centrar as fontes do direito no legislador e no direito natural teve como consequência o monopólio da lei perante a doutrina<sup>32</sup>.

O *Code civil* acabou sendo promulgado em 1804. Napoleão queria realizar, com o *Code*, a primeira etapa de uma codificação totalizante: era a idéia de códigos completos e perpétuos desenvolvida pelos iluministas e pelos jusracionalistas setecentistas<sup>33</sup>. Assim, Napoleão Bonaparte também irá colocar o código francês em vigor nos países por ele conquistados:

El Código se aplicará pues, con algunos matices, en aquellos países conquistados por el Emperador. Napoleón verá en ello, a la vez que el símbolo de su grandeza, la manera de llevar a cabo lo que llama el sistema europeo; es decir un sistema político cuyo centro se ubica en París y que permitiría gobernar a toda Europa uniformando todos los territorios mediante el Code civil, por la misma administración, por los mismos tribunales. (...) el Code Civil era la ley particular de los franceses: se ha convertido en la ley común de los pueblos de una parte de Europa. (SOLEIL, 2006, p. 387-398)

Napoleão se proclamou Imperador em 1804, o mesmo ano em que o *Code civil* entrou em vigor. Em 1807, Napoleão mudou o nome de *Code civil* para *Code Napoléon*<sup>34</sup>, não apenas em virtude do apoio decisivo por ele dado para sua implantação, como também pela sua efetiva participação em muitas das reuniões da comissão redatora e do Conselho, com interferência concreta nos capítulos relativos às partes de família e de sucessões.

## II.1.2 A sistematização no Code civil

<sup>30</sup> As *ordonnances* eram as normas que expressavam a vontade do príncipe.

<sup>31</sup> Sobre isso ver WIEACKER, **História do direito...**

<sup>32</sup> “Perante essa evolução (da lei como monopólio do direito), à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador (...)” HESPANHA, **Cultura jurídica européia...**, p. 378.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Segundo Gilissen, nesse mesmo ano (1804), como Napoleão havia se tornado Imperador, além do nome do código, ele mudou alguns termos como “república” e “nação” para “império” e “Estado”. GILISSEN, **Introdução histórica...**



A organização do então *Code civil* é precisa, clara e possui um padrão rigoroso, baseado nas Institutas do jurisconsulto Gaius. No entanto, os redatores do Code Civil não o conceberam como sistematizado, todavia, a noção de sistema, por fazer parte do pensamento da época, está implícita ao código. As matérias foram organizadas de forma metódica e sistemática. O sistema é, entretanto, externo, não há comunicação entre a estrutura e o conteúdo, todavia há ordem e unidade: “o sistema, aí, será identificado apenas ao método de organização das matérias componentes do direito privado” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 191). Há uma parte introdutória, no entanto, porém ela é sintética e não dispõe sobre categorias abstratas.

As matérias estão organizadas de forma que reflitam o movimento da vida humana, mais precisamente da vida de um burguês<sup>35</sup>: no Livro Primeiro, estão o direito das pessoas e gozo dos direitos civis, as regras sobre nacionalidade, os atos do estado civil, o casamento, o divórcio, a filiação e a menoridade e seus efeitos. No Livro Segundo, o direito das coisas: bens e maneiras de modificar a propriedade. Já o Livro Terceiro se ocupa do mundo econômico, é a parte de inspiração plenamente liberal no *Code*: a aquisição e modificação da propriedade, com destaque para os contratos.

A inspiração do Livro Primeiro foi buscada no direito canônico, que antes regulamentava algumas das matérias que o novo código agora dispunha e que, pela tradição, foram mantidas, são elas: o casamento e a filiação. Também no Livro Primeiro há influências do direito consuetudinário com a regulamentação dos regimes matrimônios. Os outros dois livros são a consagração dos ideais revolucionários burgueses.<sup>36</sup>

As matérias do *Code* se direcionam para um mesmo objetivo: a regulamentação plena da vida privada burguesa, ele é a “constituição da vida privada” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 189), um código de direito privado, sem exceções. As relações jurídicas mantidas na sociedade francesa da época eram, principalmente, privadas. A vida pública ainda não possuía a relevância de que é dotada hoje, o estado ainda estava em fase de organização e de acumulação de tarefas.

## II.2 O Código civil alemão (*Bürgerliche Gesetzbuch- BGB*)

### 2.2.1 Considerações gerais

O código civil alemão demorou mais para ser promulgado do que o código civil francês, por exemplo, e, por isso, foi precedido por uma bagagem doutrinária de quase um século e por um raciocínio jurídico já diferenciado – isso explica o porquê das diferenças marcantes entre as duas codificações. Há duas razões principais para isso para esse grande espaçamento de tempo entre o BGB e o *Code civil*: uma política e outra ideológica.

<sup>35</sup> “Sistema, aqui, é ainda *sistema externo*, mas passa a significar um novo *methodus disponendi*, em que as matérias estão metodicamente organizadas de forma a espelhar o “movimento natural da vida”, as ações do indivíduo burguês do momento de seu nascimento à sua morte, de forma encadeada, que não admite saltos lógicos.” Ibidem, p. 189

<sup>36</sup> “O Código civil francês, por exemplo, foi buscar a regulamentação de certas instituições ao direito canônico (casamento, filiação) e de outras ao direito consuetudinário (regimes matrimoniais). Por outro lado, ele renovou profundamente a regulamentação de certas matérias (propriedade, sucessões) consagrando as idéias da Revolução.” DAVID, *Os grandes sistemas...*, p. 94.



A fragmentação política inviabilizava que se houvesse um direito único para todo o povo alemão<sup>37</sup>. Isso, no entanto, não significava que os reinos, separadamente, não se utilizassem de códigos: algumas regiões, como a Saxônia em 1863, promulgaram seus próprios códigos e outras utilizavam alguns códigos franceses (influência da expansão territorial napoleônica), o que era criticado pelos nacionalistas<sup>38</sup>. Além disso, a burguesia germânica não estava politicamente organizada como estava a francesa, por exemplo, não tendo, assim, força para fazer valer seus interesses (MARTINS-COSTA, 1999). Isso, no entanto, não significava que o assunto não fosse debatido, como foi por Thibaut e Savigny.

A razão ideológica está, principalmente na Escola Histórica (*Historische Schule*)<sup>39</sup>, que acreditava que o direito não deveria ser “enclausurado” em códigos, todavia ser baseado na história da nação a que pertencia, ou seja, na alma do respectivo povo<sup>40</sup>. A Escola Histórica não defendia apenas o contexto histórico do direito como tendo grande importância, mas também a visão do direito como ciência<sup>41</sup>. Savigny era o maior representante dessa escola. Thibaut era um dos defensores da idéia contrária: a codificação<sup>42</sup>.

Savigny não era completamente contra a codificação do direito alemão<sup>43</sup>, ele, entretanto, acreditava que os códigos não deveriam ter grande importância prática. Via os códigos como mais um elemento do direito, elemento esse que deveria ser interpretado e corrigido frente ao direito romano e também frente ao caso concreto ou ao costume. Savigny, em *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, nos concede um exemplo relativo ao casamento: “El matrimonio solo pertenece al Derecho en una mitad, y en la otra mitad a la costumbre, resultando incomprendible todo Derecho matrimonial que no sea considerado en conexión con este su complemento necesario” (SAVIGNY, 1970, p. 48-169. p. 81-82).

Thibaut percebeu que a sociedade alemã estava se tornando mais complexa, com uma burocracia maior e mais centralizada. Ele acredita que um código que reunisse todo o direito seria essencial a essa sociedade burguesa nascente.

Si contemplamos ahora la felicidad del ciudadano, no puede experimentarse ninguna duda de que un tal código sencillo para toda Alemania merece ser llamado el más hermoso regalo del cielo. Ya la mera unidad sería

<sup>37</sup> Ver CAENEGEM, **Uma introdução histórica...**

<sup>38</sup> “¿cómo habría sido posible que nobles juriconsultos alemanes hubieran podido aguantarlo sobre sí, en los tiempos de ignominia y opresión, y, sin embargo, recomendasen con toda seriedad a su patria la recepción del nuevo Derecho civil francés?” THIBAUT, A. F. J. Sobre la necesidad de um derecho civil general para Alemania. In: STERN, Jacques (comp.). **La codificación**: Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970, p. 4-45., p. 17.

<sup>39</sup> A Escola Histórica nasceu como uma contraposição aos códigos jusnaturalistas, que, por terem a pretensão de ser eternos, não permitiam que a ciência do direito se desenvolvesse juntamente com a sociedade. Sobre essa questão ver WIEACKER, **História do direito...**

<sup>40</sup> “O nome (Escola Histórica) proclamava o programa: a ciência jurídica devia ser histórica, e a experiência histórica de um povo devia ser a verdadeira fonte de inspiração para sua prática jurídica. Essa escola acreditava que o direito era uma expressão orgânica natural da vida de um povo. Assim, não podia ser codificado num determinado estágio de desenvolvimento” Caenegem, 198-199, 2000 e “A Escola Histórica descobriu na historicidade do direito a historicidade do próprio povo. Ela viu mesmo no direito, primeiro implicitamente depois expressamente, uma manifestação do *espírito do povo*.” Ibidem, p. 407.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> “Yo opino (...) que nuestro Derecho civil necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares.” THIBAUT, **La codificación...**, p. 11.

<sup>43</sup> Ver CAENEGEM, **Uma introdução histórica...**



inapreciable. Aun cuando es preciso que exista una separación política, porque así debe ser, sin embargo, los alemanes están interesados en que los una para siempre un sentido fraternal de igualdad y en que nunca más una potencia extranjera abuse de una parte de Alemania en contra los demás. Pero las leyes iguales crean usos y costumbres iguales, y esta igualdad ha tenido siempre una influencia fascinadora sobre el amor y la lealtad de los pueblos. Además, el tráfico civil hace de esa unidad casi una hiriente necesidad. Nuestros países alemanes solo pueden mantener su bienestar mediante un tráfico interno recíproco intenso. (THIBAUT, 1970, p. 24)

O perfil do burguês, do novo cidadão, precisava de um direito codificado que garantisse a unificação do direito para que se pudesse negociar em todo território sob as mesmas leis, por exemplo. Além disso, a garantia de igualdade jurídica era, para essa nova sociedade, também uma necessidade. Thibaut se utiliza também da onda nacionalista e ataca a França (“*potencia extanjera*”) que havia dominado parte da Alemanha para defender que o código fosse uma obra nacionalista, de origem puramente germânica.<sup>44</sup> Além disso, ele via no código uma forma de garantir a homogeneidade do direito e da educação dos juristas, que se tornaria mais fácil<sup>45</sup>:

(...) un sencillo código nacional de este tipo contribuiría también a fortalecer ese sentido práctico, tan importante de nuestros estudiantes. Ahora todo se reduce a aprender de memoria innumerables leyes, definiciones, distinciones y noticias históricas embrolladas. El buen hablar, la destreza en el ataque y la defensa, la formación del talento apropiado para encauzar bien desde el principio una causa jurídica, el arte de tratar con cautela los negocios, la agudeza y la elasticidad dialécticas, todo esto se halla actualmente descuidado, y ningún hartazgo erudito puede resolver ninguna de estas necesidades. (THIBAUT, 1970, p. 22).

A unificação política da Alemanha realizada, principalmente, por Otto Von Bismarck havia evoluído juntamente com a idéia de unificação do direito, afinal para se ter um estado centralizado o direito também necessita assim estar, havendo uma relação de interdependência do estado centralizado para com o direito unificado. No início, cada *Land* (território) conservou sua própria legislação, os direitos penal, das obrigações, comercial e do processo, porém, foram unificados<sup>46</sup>. Isso foi um primeiro passo e, depois dele, foi decidido que seria redigido um código civil completo.

<sup>44</sup> (...) a todo patriota hay que inculcarle el deseo de adoptar un código sencillo, obra de nuestros propios esfuerzo e actividad, que venga a ser el fundamento sobre el que se asiente de modo adecuado y seguro nuestra situación civil, de acuerdo con las necesidades del pueblo, y a procurar una unión patriótica de todos los gobiernos alemanes que proporcione a todo el Reich los beneficios de un ordenamiento civil común y perdurable en el tiempo. *Ibidem*, p. 19.

<sup>45</sup> En el caso específico del derecho, Thibaut demanda la creación de un código que permita a abogados y jueces una cierta homogeneidad en la aplicación de la ley a lo largo y ancho de la confederación de Estados alemanes. De acuerdo con Thibaut, dicha homogeneidad sólo puede garantizarse si la educación de los abogados gira alrededor de un código. Desde este punto de vista, los abogados podrí an ejercer mejor su oficio si hay un código común; este código no sólo facilitaría la aplicación de la ley sino que permitiría a dedicar una porción importante del tiempo de formación en las escuelas de derecho al desarrollo de habilidades y técnicas jurídicas tales como la retórica y la argumentación. BELTRÁN, Isaac De León. **La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno**: comentarios al texto de Thibaut “Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”. Bogotá: Borradores de Método. No 28. Junio 15 de 2004. Disponible en: <<http://www.grupometodo.org/codif.pdf>> Acessado en: 6 nov. 2008, p. 8.

<sup>46</sup> Ver WIEACKER, **História do direito...**



Nessa decisão houve influência jusnaturalista, que via na lei a expressão da vontade do povo – o que era importante para sociedade que vivia o nacionalismo e o romantismo<sup>47</sup> e também a vontade burguesa de assegurar legalmente suas conquistas econômicas e de garantir a igualdade jurídica (via-se o direito codificado como um direito que traz o princípio da igualdade jurídica, isso se deve a grande expansão do *Code Civil*)<sup>48</sup>.

Haviam restado, no entanto, algumas coisas a serem discutidas. Foi decidido que o código seria tradicional e não inovador, foi daí surgiu uma das principais discussões relativas ao BGB: em que tradição se basear? Uma opção, defendida pela Escola Pandectista (*Pandektenwissenschaft*), era que deveria se codificar o direito germânico já modificado pela recepção do direito romano, a outra opção era a de positivizar o direito germânico antigo<sup>49</sup>. A segunda opção era a melhor aceita pelo povo alemão, que vivia uma época de nacionalismo exacerbado, a disputa era, no entanto, de cunho também político<sup>50</sup>. Ambos acabaram marcando o código civil, entretanto, há traços mais marcantes da doutrina pandectista, afinal havia muitos juristas teóricos (os professores) influenciados por essa escola desde antes do início da codificação alemã.

Em 1896, começou-se a projetar o novo código<sup>51</sup> e em 1900 foi promulgado o *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB). O BGB é resultado da influência ideológica do liberalismo<sup>52</sup>, o que pode ser visto na consagração da liberdade de contratar (§ 305) e da liberdade da propriedade, especialmente a fundiária (§ 903), por exemplo. Cientificamente, o BGB é um produto do positivismo legalista da Pandectista, que percebia a sociedade como um todo orgânico, a sistematicidade do direito decorria do fato de ele ser uma emanção dessa sociedade<sup>53</sup>.

### 2.2.1 A sistematização no BGB

O BGB é fruto da terceira sistemática, a qual corresponde à idéia de sistema como construção, ou seja, da dogmática como elaboração ou construção do sistema – essa é uma contribuição da Escola pandectista (MARTINS-COSTA, 1999). Savigny colaborou muito para essa noção: além de ver na dogmática a base para a sistematização do direito, ele percebe uma unidade imanente ao direito.

Muy temprano encontramos ensayos de una elaboración sistemática de la jurisprudencia (ciência do Direito). Em los tiempos modernos ellos son frecuentes. Tal tratamiento sería de muy poco valor si brindara solo una catalogación, un agregado cómodo de materias, pois seria una mera facilidad

<sup>47</sup> Ibidem

<sup>48</sup> Ibidem

<sup>49</sup> “¡pobre nación aquella, cuyos juristas están condenados a aplicar su sagacidad sobre principios tan primitivos e incompletos!” THIBAUT, **La codificación...**, p. 15, falando sobre a inaplicabilidade do direito romano à Alemanha da época principalmente em relação ao conceito de pátria potestas (que não possuía significado na sociedade alemã) e também ao direito de sucessões, que, para ele, também não poderia ser aplicado.

<sup>50</sup> “(Havia) o interesse dos partidários do Estado de direito numa regulamentação liberal das associações e das corporações; o interesse dos intelectuais liberais num direito matrimonial laico, interesse sobre o qual a questão religiosa, que então dava os primeiros passos, projectava já a sua sombra; e, por fim, o interesse dos promotores de uma ordem económica liberal num direito imobiliário e hipotecário de carácter geral e permissivo.” WIEACKER, **História do direito...**, 536-537.

<sup>51</sup> Houve alguns projetos e muitas discussões acerca do novo código, sobre isso ver Ibidem.

<sup>52</sup> “(...) resultou um código do liberalismo, modulado por todas as nuances de luz e de sombra desta ideologia. Um código destinado à “burguesia possuidora”. MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito...**, p. 232.

<sup>53</sup> Ver HESPANHA, **Cultura jurídica européia...**, e WIEACKER, **História do direito...**



para la memoria; en cambio, si quiere tener verdadero mérito, su íntima coherencia debe tener una unidad. (SAVIGNY, 1979, p. 9.)

Ao contrário da codificação francesa, que os responsáveis – despropositais – por revelar o sistema do direito eram legisladores, o sistema foi revelado pela doutrina. Esse não possuía, como havia proposto Savigny, um critério material – o espírito do povo –, porém um critério formal: o de subsunção de um conceito superior com um inferior (MARTINS-COSTA, 1999).

Há, a partir dessa idéia de sistematização e do pressuposto que o código ordena e unifica normas, uma junção das idéias de sistema e de código. Há, então, a idéia de construir um código com sistema não apenas externo, mas com sistema interno, que permita que aquele sistema do direito revelado pela doutrina seja unificado.

Como principal inovação<sup>54</sup>, destaca-se a existência da Parte Geral: um requinte sistemático se comparado com os códigos anteriores, afinal, com essa nova parte, o código quase não precisaria ser modificado, já que nada ali escrito normatizava uma ação específica, porém algo mais amplo<sup>55</sup>. A Parte Geral assegura a unidade do BGB, é ela que permite que o direito seja construído de forma centralizada no código e que assegura o sistema interno (MARTINS-COSTA, 1999).

A Parte Geral regulava as pessoas, os bens e os fatos jurídicos, ou seja, os sujeitos ou titulares dos direitos subjetivos, os objetos desses direitos e os vínculos geradores dos mesmos. Na parte especial, as obrigações se antepõem aos direitos reais, seguindo-se o direito de família e o das sucessões, de forma mais lógica e didática.

Há discussões, no entanto, se o Primeiro Livro do BGB realmente satisfaz a exigência de uma verdadeira Parte Geral: Wieacker afirma que apenas a seção sobre negócio jurídico satisfaz os requisitos, nas outras seções preenche-se os requisitos de forma parcial apenas (WIEACKER, 2004). Essa discussão, todavia, não faz o BGB deixar de ser uma referência quanto à inovação da sistematização, mesmo que essa não seja perfeita.

Outra inovação consistiu no emprego da cláusula geral da boa-fé no comportamento das partes (§ 242), funcionando como válvula que concilia o Código com a evolução do Direito Civil.<sup>56</sup>

## **Conclusão**

A idéia de se ter um código que unificasse e sistematizasse o direito surgiu, entre outras circunstâncias, quando a sociedade estava se tornando mais complexa, com uma tendência unificadora de suas instituições e também mais focada na razão humana. O processo que leva a codificação é muito mais amplo e foi vivido pela sociedade em vários aspectos, dentre eles o direito.

<sup>54</sup> “A parte geral do BGB levanta um problema completamente diferente. Ela modifica o sistema do direito civil dum modo que compromete seriamente a unidade da família romano-germânica. A parte geral do BGB é a manifestação mais evidente do divórcio verificado no século XIX, entre a ciência jurídica alemã, dominada então pelos Pandectistas, e a ciência jurídica francesa, fundada sobre o estudo do código civil.” DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 100

<sup>55</sup> Ver AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e Codificação: primórdios do binômio*. In Judith Martins-Costa (org.). **A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**.

<sup>56</sup> Ver MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito...**



O direito, assim, evoluiu com essa idéia e também a aperfeiçoou em alguns aspectos, tanto que em sociedades tão complexas como as nossas talvez não fosse possível administrar o poder judiciário sem que se trabalhasse com o direito unificado e sistematizado. Note-se aqui, entretanto, que um direito unificado e sistematizado não depende unicamente do código, com ele há a positivação dessas idéias já existentes.

A forma escolhida para unificar e sistematizar o direito foi, nos casos dos países de influência romana principalmente, o código. A íntima relação entre direito e código que se tem na contemporaneidade é fruto de um processo iniciado na modernidade. A codificação modificou, de forma bastante intensa, a forma de lidarmos com o direito na prática, principalmente. Se hoje defendemos ou acusamos pessoas baseados em leis positivadas em códigos, é porque construímos, ao longo da história, uma noção de unidade e sistematicidade do direito e a necessidade de positivar isso.

Mesmo sendo inegável seu valor prático, o código ganhou importância, de certa forma, exagerada no direito, chegando, muitas vezes, a ser confundido com tal. A maior crítica é em relação à restrição das fontes a estatal, pois, dessa forma, o direito deixa de ser representativo do povo de que adveio. A solução para esse distanciamento, com algumas ressalvas, já foi sugerida por Savigny nas discussões relativas ao BGB: que o código seja tido como mais um elemento do direito apenas e que a construção histórica e jurisprudencial ganhe importância mais significativa no direito.



## Bibliografia

- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In Judith Martins-Costa (org.). **A reconstrução do direito privado**: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.
- BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BELTRÁN, Isaac De León. **La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno**: comentarios al texto de Thibaut “Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”. Bogotá: Borradores de Método. No 28. Junio 15 de 2004. Disponible en: <<http://www.grupometodo.org/codif.pdf>> Acessado en: 6 nov. 2008.
- CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CLAVERO, Bartolomé. **História del Derecho**: Derecho Común. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1994.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano, 1972.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- LOPES, J. R. de L., QUEIROZ, R. M. R., ACCA, T. dos S. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Editora Método, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques (comp.). **La codificación**: Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970, p. 48-169.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodología jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1979.



SOLEIL, Sylvain. **La formación del derecho francés como modelo jurídico**. *Rev. estud. hist.-juríd.* [online]. 2006, n. 28, p. 387-398. Acessado em 15 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552006000100011&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011&lng=pt&nrm=iso).

THIBAUT, A. F. J. Sobre la necesidad de um derecho civil general para Alemania. In: STERN, Jacques (comp.). **La codificación: Thibaut y Savigny**. Madrid: Aguilar, 1970, p. 4-45.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante**. Florianópolis: Revista Seqüência, nº 50, p. 9-27, jul. 2005. Acessado em: 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/cultura%20jur%EDdica.pdf>



