

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

DANIEL ALEXANDRE CERQUEIRA

**AS ORIGENS HISTÓRICAS DA CONCEPÇÃO DE SISTEMA
NO DIREITO PRIVADO**

Porto Alegre
2008

DANIEL ALEXANDRE CERQUEIRA

**AS ORIGENS HISTÓRICAS DA CONCEPÇÃO DE SISTEMA
NO DIREITO PRIVADO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, área de concentração: História do Direito, Filosofia do Direito, Direito Civil.

Orientadora: Profa. Clarice Beatriz da Costa Söhngen

Porto Alegre
2008

DANIEL ALEXANDRE CERQUEIRA

**AS ORIGENS HISTÓRICAS DA CONCEPÇÃO DE SISTEMA
NO DIREITO PRIVADO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, área de concentração: História do Direito, Filosofia do Direito, Direito Civil.

Porto Alegre, de de 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Profa. Dra. Clarice Beatriz da Costa Söhngen

Prof. Examinador:

Prof. Examinador:

Dedicado a meu avô
Manoel Orestes de Oliveira
(*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Devo, inicialmente, expressar meu reconhecimento e minha gratidão à Professora Doutora Clarice Beatriz da Costa Söhngen, pela carinhosa recepção e generosa acolhida; por ter conduzido sua orientação com a mesma segurança, a mesma sabedoria e a mesma liberdade de raciocínio com que conduziu os meus primeiros passos no Curso, ao longo da cadeira de Introdução ao Direito I; e, também, pela amizade construída desde então. Durante a elaboração deste trabalho, recebi o inestimável apoio do amigo Diogo Bueno da Silveira, que, assim como eu, teve de encarar o desafio que, para nós alunos, representa a feitura da monografia de conclusão de curso; por isso devo mencionar desde já meus agradecimentos, principalmente pela contribuição dada nas inúmeras discussões travadas sobre o assunto. Enfim, ao meu pai, Professor Átilo Antonio Cerqueira, e à minha mãe, Beatriz Regina Cerqueira, sou infinitamente grato por todo o apoio e o respaldo que me deram.

Experientia docet.

RESUMO

Partindo de um movimento de recuo histórico às raízes da jusprivatística europeia continental, desde a queda do Império Romano do ocidente, no alvorecer da Idade Média, até o advento das grandes codificações da Era Moderna, este trabalho visa estudar, em um primeiro momento, as origens da idéia de sistema no direito privado de família romano-germânica, a função que desempenhou no âmbito da ciência jurídica e o modo pelo qual foi construído. Em um segundo momento, ainda sob uma perspectiva histórica, busca estudar, a partir do reconhecimento da existência concreta do sistema jurídico, sua evolução, seu particular desenvolvimento e sua influência ao longo da experiência jurídica europeia continental.

Palavras-chaves: Direito privado de matriz romano-germânica. Metodologia jurídica. Sistema. Humanismo. Primeira sistemática. Jusracionalismo. Segunda sistemática. Sistema fechado. Codificação. Código.

RIASSUNTO

Partendo da un movimento di ritorno storico alle radici della giusprivatistica europea continentale, sin dalla caduta dell'Impero Romano d'occidente, all'inizio del Medioevo, fino all'avvento delle grandi codifiche dell'Era Moderna, questo lavoro ha lo scopo di studiare, in un primo momento, le origini dell'idea del sistema nel diritto privato di famiglia romano germanica, la funzione che ha svolto nell'ambito della scienza giuridica e il modo in cui è stato costruito. In un secondo momento, ancora sotto la prospettiva storica, cerca di studiarne, a partire dal riconoscimento dell'esistenza concreta del sistema giuridico, la sua evoluzione, il suo specifico sviluppo e la sua influenza lungo l'esperienza giuridica europea continentale.

Parole chiave: Diritto privato di matrice romano germanica. Metodologia giuridica. Sistema. Umanesimo. Prima sistematica. Giusrazionalismo. Seconda sistematica. Sistema chiuso. Codifica. Codice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA UNIDADE AO SISTEMA.....	11
1.1 UMA ORDEM JURÍDICA PLURALISTA	16
1.1.1 O dogma político-jurídico da <i>translatio imperii</i> e o <i>unum ius</i>	20
1.1.2 O legado do direito romano e a sua recepção	24
1.1.3 A interface entre o <i>ius commune</i> e o <i>ius proprium</i>	29
1.2 O RENASCIMENTO E O HUMANISMO: A “PRIMEIRA SISTEMÁTICA”	32
1.2.1 Uma nova realidade normativa.....	38
1.2.2 O <i>mos galicus irua docendi</i>	40
1.2.3 O <i>usus modernus Pandectarum</i>	41
2 O JURACIONALISMO: SISTEMA COMO METODOLOGIA.....	44
2.1 O JURACIONALISMO E A “SEGUNDA SISTEMÁTICA”	47
2.1.1 O <i>mos geometricus</i> como metodologia da segunda sistemática	48
2.2 A “ERA DAS CODIFICAÇÕES” E SEU CONTEXTO HISTÓRICO.....	52
2.2.1 Sistema fechado e codificação.....	56
2.2.2 A codificação francesa e seu sistema	60
2.2.3 A trajetória alemã para a codificação.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

A questão envolvendo o significado da idéia de sistema é uma das mais tratadas pela metodologia jurídica.¹ E ela assume grande relevância no direito privado de matriz romano-germânica, porquanto a origem da concepção de sistema, na ciência jurídica, se deu, inicialmente, no seu âmbito. Contudo, a indagação sobre se é possível afirmar, inequivocamente, a existência de um sistema de direito privado,² resulta na questão que estará sempre presente ao longo do trabalho.

Ampliando esta indagação, visa-se responder, sob uma perspectiva histórica, a cinco questões ínsitas ao tema: as três primeiras, tratadas no primeiro capítulo, são: *a) qual a origem da idéia de sistema no âmbito do direito privado de família romano-germânica?* e *b) como se chegou à idéia de sistema?* e *c) porque se pretendeu aplicar o sistema no direito, mormente no campo do direito privado?* As demais se encontram no segundo capítulo, sendo elas: *d) de que modo se pôs em prática a sistematização da matéria jusprivatística?* e *e) como se desenvolveram as diferentes concepções de sistema no direito privado de matriz romano-germânica ao longo da experiência jurídica europeia?*

A importância da indagação maior deste estudo e das demais questões subjacentes decorre da opção metodológica assumida pela grande parte das legislações civilísticas do mundo ocidental (sendo a legislação civil de nosso país um exemplo), qual seja, a da forma *codificada*.

A codificação da lei civil exprimiu duas pretensões fundamentais: a pretensão da onipotência do legislador, consagrando, assim, os dogmas da completude e da plenitude lógica de um sistema *fechado* de direito positivo, que conferisse certeza e segurança jurídicas, regulando todos os comportamentos humanos na esfera cível; ao mesmo tempo, exprimiu a pretensão de ser encerrar o *direito civil*, reduzindo-o à

¹CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 05.

² Idem, *ibidem*. Canaris prefacia a sua obra a partir do questionamento acerca da possibilidade de se afirmar, ou não, a existência de um sistema, citando três valiosos posicionamentos: “Enquanto, por exemplo, Sauer exclama com ênfase: «Apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber» e H. J. Wolff diz «A Ciência do Direito ou é sistemática ou não existe», Emge opina, com discrição céptica: «Um sistema é sempre um empreendimento da razão com conteúdo exagerado» – uma afirmação que está apenas a curta distância da célebre frase de Nietzsche que caracterizou a aspiração ao sistema como uma «falta na consecução do Direito»”.

lei, lei essa emanada de uma única fonte normativa: o Estado, que, por sua autoridade, a impõe e a faz valer. Assim, o código, a um só tempo, fez-se exclusivo (porquanto a única fonte de direito) e excludente (porque exclui, afasta a vigência do direito existente fora de seus limites).

Porém, para o bem de compreender a construção do sistema fechado, buscou-se, a partir de um recuo histórico, o exame das origens, das razões e da forma pela qual se implementou, na ciência jurídica, a idéia de sistema. Procurou-se dar respostas a estas questões por intermédio de um exame do limiar do processo de sistematização do direito privado de matriz romano-germânica, desde a progressiva unificação do direito comum europeu, iniciada com a recepção do direito justinianeu, passando pelo alcance da primeira sistemática, concretizada pelo humanismo renascentista, até finalmente se chegar à segunda sistemática, a codificatória, de que são frutos as grandes codificações realizadas ao longo do século XIX.

Assim, as questões históricas envolvendo a sistematização do direito privado, levada a efeito pela codificação das legislações civis, revelam-se fascinantes para quem busca estudá-las, justificando-se por ser o sistema jurídico, hoje, a forma metodológica mais adotada no Ocidente, e por lançar, no âmbito da ciência do direito, uma contribuição de grande valia: a estruturação sistemática do raciocínio jurídico, que definitivamente influenciou o discurso da dogmática civilista.

1 DA UNIDADE AO SISTEMA

“Esperienza giuridica significa infatti un modo peculiare de vivere il diritto nella storia, di percepirlo concettualizzarlo applicarlo, in connessione a una determinata visione del mondo sociale, a determinati presupposti culturali; significa quindi un insieme di scelte peculiari e di soluzioni peculiari per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda dei varii contesti storici” (Paolo Grossi, L’ordine giuridico medievale, p. 23).

O termo *sistema* traduz uma diversidade de acepções, variando em conformidade com a área do conhecimento pela qual se lhe dá enfoque. Ainda no próprio âmbito da ciência do direito, sua multiplicidade de sentidos e acepções é ainda mais perceptível, e as dificuldades na sua conceituação aumentam quando se pretende defini-la em certos contextos, pois, a cada período, diferentes filosofias lhe emprestam significado específico. Assim, deve-se ter em conta que, igualmente, às várias noções de *sistema jurídico* correspondem idéias diferentemente concebidas em um determinado plano histórico.³

Em verdade, o pensamento sistemático, no âmbito próprio do direito, nem sempre foi adotado como metodologia; ou, melhor dito, nem sempre se operou o direito com metodologia, pelo menos a metodologia científica e rigorosa que se conheceu com o advento da Era Moderna.

A história do pensamento jurídico revela que nem sempre os ordenamentos jurídicos – aqui entendidos como apanhados de *normas* que regulam a *vida jurídica* em determinado espaço e época – se moldaram conforme a idéia de sistema, quando muito concebidos e organizados em conjuntos, de forma não articulada, com suas normas reunidas por critérios diversos. Também em razão da diversidade das fontes de produção normativa, mormente no direito privado de matriz romano-germânica, desde os primórdios dos ordenamentos jurídicos europeus, essa reunião era mais concebida como (e em função de) um *conjunto* de soluções, predominando o método de raciocínio tópico, como verdadeiro modo de pensar e concretizar o direito, que, em vez de partir de proposições preestabelecidas, como sói ocorrer na forma de pensar sistemática, pauta-se pelo problema encerrado em um determinado

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 39.

caso particular, balizando-se por premissas eventualmente aceitas em dado contexto social, territorial e cultural.

O pensamento tópico (problemático) marcou definitivamente o modelo discursivo do direito medieval, manifestando-se, no raciocínio jurídico, desde a Antigüidade até a Renascença, sendo que, somente depois de um longo processo histórico, de progressos e retrocessos, é que se plasmou, no plano jurídico, a noção de sistema e de pensamento sistemático, a partir da busca pela unificação das múltiplas fontes de produção normativa européias, ainda que primitivamente, com início na recepção do direito justiniano nas escolas jurídicas medievais dos séculos XII e XIII. Mas antes de se passar à análise histórica do desenvolvimento das fontes de direito da Europa, desde a Idade Média, a fim de bem compreender como foi traçado esse caminho, mister fixar-nos, mais detidamente, no conceito de *sistema* e suas características fundamentais.

Por mais variadas que sejam as definições existentes, seja qual for o prisma de observação, depreende-se que, a todo tempo, as idéias de *conjunto*, *ordem*, *coerência* e *unidade*⁴ invariavelmente se apresentam como caracteres essenciais do sistema.

O verbete *sistema* vem dicionarizado entre nós como sendo “conjunto de princípios verdadeiros ou falsos, donde se deduzem conclusões coordenadas entre si, sobre as quais se estabelece uma doutrina, opinião ou teoria”; “corpo de normas ou regras, entrelaçadas numa concatenação lógica e, pelo menos, verossímil, formando um todo harmônico”; “conjunto ou combinação de coisas ou partes de modo a formarem um todo complexo ou unitário”; “qualquer conjunto ou série de membros ou elementos correlacionados”; “série de leis e de princípios a que obedece certo número de fenômenos naturais”; “método, combinação de meios, de processos destinados a produzir certo resultado”; “Método, modo, forma”; e “agrupamento de partes coordenadas, dependentes umas das outras, qualquer que seja o assunto ou obra de que se trata”.⁵

Por todos os significados atribuídos ao termo, verifica-se que emanam as quatro acepções apontadas (conjunto, ordem, coerência e unidade), convergindo

⁴ Ver, a esse respeito a obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, op. cit. Nela são apontadas as principais definições modernas de *sistema*, e as que guardam maior intimidade com a ciência do direito, dentro do propósito do autor de buscar uma definição mais aproximada (p. 9-11).

⁵ *Dicionário DicMaxi eletrônico*, verbete “sistema”.

para uma noção de *sistema* enquanto ordem ou organização, como método de disposição ou de ordenação, em que seus elementos internos se apresentam de forma unitária, havendo entre eles relação de identidade e correspondência.

No entanto, como se vê, o sentido básico denotado pelo dicionário remete à idéia, muito simplificada, de reunião ou agrupamento, exprimindo a noção preliminar de sistema no “nível mínimo”, cuja origem etimológica, do grego, remonta à reunião de pessoas, no sentido de assembléia, agrupamento ou conjunto de elementos, assim sendo empregada, também, nos campos da aritmética e da geometria gregas, e expressada na teoria dos sistemas como conjuntos de elementos ou componentes.⁶ Lembre-se que foi essa a noção de sistema presente quando da recepção e reorganização do direito romano pelos juristas das universidades da alta Idade Média.

Todavia é para além dessa noção que se pretendeu chegar. De modo mais elaborado, sistema iria indicar, fundamentalmente, que seus elementos internos guardassem relações específicas mais complexas, que não a sua simples reunião ou justaposição, segundo critérios diversos. Antes, seus elementos internos deveriam interagir e se vincular por relações de interdependência, como um *todo ordenado e organizado*.⁷

Pode-se ter presente a exata medida dessa relação de elementos pelo conceito filosófico de sistema lógico, atrelado ao raciocínio lógico-formal:

A idéia original por trás da noção de sistema lógico era que a linguagem, os axiomas, as regras e os conceitos subseqüentes de prova e teorema seriam especificados num modo matematicamente preciso, desta forma permitindo que se fizesse do estudo do raciocínio dedutivo uma ciência exata. *A partir de uma especificação efetiva de símbolos primitivos de linguagem, do qual seqüências (finitas) deveriam ser vistas como sentenças ou fórmulas bem formadas, certas sentenças deveriam ser isoladas efetivamente, como axiomas. As regras de inferência devem ser dadas de tal maneira que seriam um procedimento efetivo para ser quais são as regras de sistema e quais as inferências que elas nos permitem.*⁸

Na mesma linha, o verbete “dedução” vem definido como “seqüência finita de proposições cuja última proposição é a conclusão da seqüência (aquela da qual se

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit., p. 41.

⁷ Ibidem. Grifos nossos.

⁸ AUDI, Robert (Org.). *Dicionário de Filosofia de Cambridge*. Trad. João Paixão Netto; Edwino Aloysius Royer; Et al. São Paulo: Paulus, 2006, p. 866. Grifos nossos.

diz que é deduzida) e é de tal forma que cada sentença na seqüência é um axioma ou uma premissa, ou então se segue das proposições precedentes na seqüência por meio de uma regra de inferência:

[...] A dedução é um conceito relativo a um sistema. Só faz sentido dizer que algo é uma dedução com referência a um sistema particular de axiomas e de regras de inferência. A mesma seqüência de sentenças pode ser uma dedução com referência a determinado sistema, mas não com referência a outro”.⁹

Observe-se que os contrastes apresentados entre os conceitos de sistema “no nível mínimo” e de sistema logístico conduzem a um duplo sentido de *sistema*, porquanto poderá ele se manifestar extrínseco ou intrínseco: conforme indique o significado de um todo que é ordenado, organizado segundo critérios determinados, ou como método de disposição, será externo (“sistema externo”);¹⁰ porém, caso faça alusão à idéia de conexão imanente havida entre elementos integrantes de um todo, em que os laços de concatenação sejam passíveis de serem estabelecidos mediante operações dedutivas entre as diversas ordens de grandeza que os compõem, será interno (“sistema interno”).

A esse respeito, muito interessa, dentro da matéria jurídica, a diferenciação, haja vista que, sob outra perspectiva, a noção de sistema externo, correspondente à ordem pela qual vem exposto o resultado de certas pesquisas, elaborações, seguimento de idéias, matérias ou a síntese delas, já havia aparecido em Roma, nos últimos séculos da República, quando os juristas romanos passaram a ordenar as suas elaborações, estabelecendo ligações entre as “situações típicas”, enquadrando as soluções dos casos particulares conforme certos princípios gerais.¹¹ Entretanto, a primária noção em nada se compara ao “sistema fechado” de regras jurídicas da “segunda sistemática”, cujo ápice foi atingido com as grandes codificações concretizadas a partir do século XIX.

⁹ Ibidem, p. 209. Grifos nossos.

¹⁰ Sobre o conceito de “sistema externo”, Canaris assinala: “E este propósito não releva, em primeiro lugar, o chamado *sistema externo* no sentido da conhecida terminologia de Heck que, no essencial, se reporta aos conceitos de ordem da lei; pois este não visa, ou não visa em primeira linha, descobrir a unidade de sentido interior do Direito, antes se destinando, na sua estrutura, a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente quanto possível (...). Mas isso não é o «sistema do Direito» no sentido de uma ordenação internamente conectada, embora possa muitas vezes, pelo menos em parte, fazer esse papel.” (in *Pensamento sistemático*, op. cit., p. 26). Grifos do autor.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit., p. 41-42.

Por outro lado, a noção de “sistema interno”, mais sofisticada e recente, correspondendo ao conceito de sistema logístico antes apresentado, foi desenvolvida no âmbito jurídico pelos os pandectistas alemães, também no século XIX, exteriorizando o discurso do *sistema dedutivo* ou *axiomático*.¹² O sistema, nesses termos (sistematização intrínseca), irá também apresentar a característica de identidade de seus elementos internos, que se diferenciarão de tudo aquilo que lhes for alheio, ou em seu entorno (elementos circundantes).

Justamente essa peculiaridade, relacionada à identidade de seus elementos, consistirá na intersecção entre os sistemas externo-interno e fechado-aberto. Relembre-se que o “sistema fechado” é tido como de “auto-referência” absoluta, já que é exclusivo e ao mesmo tempo excludente do que está às suas margens. Portanto, se não houver no sistema expedientes que permitam a interação de seus elementos componentes (entradas ou *inputs*, saídas ou *outputs*)¹³ com elementos outros, circundantes, será “fechado”; do contrário, caso comporte estes expedientes, será “aberto”.

Ressalte-se que a abertura, aqui, não deve ser entendida *ipsis litteris*, haja vista que um sistema não pode ser concebido de forma totalmente aberta, isto é, sem que exista ao menos um critério de identidade de seus elementos componentes, de modo que, por sua diferenciação, excluam os elementos circundantes. Por essa razão deve-se compreender que o sistema aberto será aquele que se auto-referencia de modo relativo, comportando mecanismos de inclusão dos elementos circundantes, dentro de certos critérios, e desde que presente, repita-se, um mínimo de identidade entre estes e os elementos internos, de forma a permitir constantes ressystematizações.¹⁴

Ainda em vista da matéria jurídica, para onde se quer aproximar a temática, e tendo em conta as acepções de sistema externo e interno, mister ressaltar, ainda, a diferenciação entre *sistema* jurídico e ordenamento jurídico. O sistema jurídico irá exprimir-se quando existirem ligações (não necessariamente presentes) entre as normas jurídicas que o compõem; já o ordenamento jurídico traduzirá, como já asseverado, o conjunto de normas que regulam a vida jurídica em um espaço

¹² Ibidem, p. 42. Grifos nossos.

¹³ Os conceitos de entrada e saída são também apontados como sendo relacionados ao sistema como objeto da “Teoria de Sistemas”, cujo desenvolvimento é atribuído ao biólogo Ludwig von Bertalanffy. A esse respeito, conferir o verbete “Sistemas, Teoria de”, in AUDI, Robert, op. cit., p. 866.

territorial singular e em determinada época. Daí concluir-se que o ordenamento jurídico poderá abranger uma variedade de sistemas normativos.

As noções aqui trabalhadas de *sistema*, sua polissemia, suas características próprias e sua diferenciação, bem como a sua aplicação no campo do direito, mostraram-se necessárias para indicar que, se hoje estão bem presentes estes conceitos, como resultado da maturação da ciência jurídica ao longo do tempo, houve época em que não eram sequer conhecidas, vale dizer, quando uma ordenação de elementos identificados, unitários e correlatos era completamente ignorada, muito embora houvesse uma *tendência* no sentido de se agruparem normas jurídicas em conjuntos, ainda que de forma *não-sistemática*.

Portanto, para o fim de se apreender a lenta evolução da concepção de sistema entre nós, legatários da família jurídica romano-germânica, faz-se necessário visitar as fases de desenvolvimento das fontes de direito da Europa continental medieval e moderna, e acompanhar a evolução de seu modelo de discurso jurídico, regressando aos primórdios de seus ordenamentos.

1.1 UMA ORDEM JURÍDICA PLURALISTA

Na sociedade européia medieval, e ao longo de todo o *Ancien Régime*, “conviviam diversas ordens jurídicas - o direito comum temporal (basicamente identificável com o direito romano, embora reinterpretado), o direito canônico (direito comum em matérias espirituais) e os direitos próprios”, aduz António Manoel Hespanha,¹⁵ completando que o direito privado, nesse período, estava estribado num contexto de “coexistência de ordens jurídicas dentro do seio do mesmo ordenamento”,¹⁶ contexto histórico que se convencionou chamar de *pluralismo jurídico*.¹⁷

¹⁴ Para a noção de abertura do sistema, consultar Claus Wilhem Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, op. cit., p. 103 et seq.

¹⁵ HESPANHA, António Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 161.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

Não se compreendia o direito, pois, como um ordenado harmônico e de caráter geral, aplicável a todos indeterminadamente, dentro de um espaço territorial, em determinado intervalo de tempo, e com fundamento em normas de procedência comum, expressando a pretensão monopólica do ente estatal.

A concepção de um sistema unitário e universal de direito, como *methodus disponiendi*, apenas surgirá na Europa em fins do século XVI, com o advento do humanismo, realizando-se concretamente um século mais tarde, quando iniciam as grandes codificações, inspiradas pela filosofia do jusracionalismo. Desde a queda do Império Romano (476 a.C), até o início da Idade Média, entretanto, predominou o direito traduzido na forte tradição particularista dos *iura propria*, em que cada indivíduo era considerado *particularmente* de acordo com o seu estatuto jurídico (fosse ele de caráter territorial, étnico, familiar, profissional, etc.). A sociedade europeia medieval não conhecia a noção de “sujeito de direito”, em que o indivíduo é titular de direitos e de deveres pelo fato, abstratamente considerado, de ser pessoa.

Para a visão medieval de mundo, portanto, os indivíduos eram diferentemente considerados, sendo que esse critério de diferenciação estendia-se às suas condições jurídicas. Anota Judith Martins-Costa:

A desigualdade (jurídica) projeta-se inclusive no interior de cada uma das unidades políticas integrantes de um mesmo território: diferenciam juridicamente as classes sociais, as ocupações, as artes, as profissões. As corporações são a expressão político-jurídica destes diversos grupos – novas pequenas unidades dentro de uma obra mais vasta –, as quais também em si mesmas reproduzem o mesmo fenômeno.¹⁸

Esse fenômeno social, completa a autora, será “reflexo imediato da estratificação social na estratificação jurídica”.¹⁹ O tecido das relações sociais será visível, diretamente, a partir da tessitura das relações jurídicas divididas em corpos – ou *conjuntos* – pulverizados, cujo critério será o regional, o profissional, ou diverso. O critério da desigualdade, em verdade, estaria imbricado nas mais profundas transformações econômicas, políticas e sociais que o continente europeu experimentava no período imediatamente posterior à queda do Império Romano. A personalização e patrimonialização dos vínculos políticos, a dissolução do monopólio

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit., p. 56.

¹⁹ *Ibidem*.

estatal do poder antes em vigência e a intervenção direta da ordem jurídica na ordem econômica²⁰ iriam provocar e acentuar a desigualdade dos estatutos jurídicos dos indivíduos, daí decorrendo a pulverização de múltiplas ordens jurídicas em função das diferentes categorias das pessoas, dos territórios ou mesmo das coisas.

Explica Hespanha que essas múltiplas ordens jurídicas particulares, que importavam em estabelecer privilégios a certas camadas sociais, vinham protegidas pela regra da prevalência do *particular* sobre o *geral*, sendo que, não raras vezes, vigoravam normas suplementares que asseguravam o respeito aos direitos próprios, tomando como exemplo:

As normas que protegiam os estatutos (ou direitos das comunas, cidades, municípios), considerando-os, nos termos da lei ‘omnes populi’, como *ius civile* [...], ou seja, com dignidade igual à do direito de Roma. Ou as que protegiam o costume (nomeadamente, o costume local), cujo valor é equiparado ao de lei (‘também aquilo que é provado por longo costume e que se observa por muitos anos, como se constituísse um acordo tácito entre os cidadãos, se deve observar tanto como aquilo que está escrito’, D.,1,3,34). Ou, finalmente, o regime de protecção dos privilégios, que impedia a sua revogação por lei geral ou sem expressa referência; ou mesmo a sua irrevogabilidade pura e simples, mesmo que se tratasse de privilégios concedidos contratualmente ou em remuneração de serviços (‘privilegia remuneratoria’).²¹

Na mesma linha, e a respeito dos privilégios, assinala Judith-Martins Costa:

Tais privilégios encontram a sua justificação no fato de, numa estrutura corporativa como o era a da Idade Média, fundada na concepção do poder político como *dominium*, não só a desigualdade ser o princípio dominante, como inexistir a concepção do controle do poder político. Em razão dessa característica, o particularismo vai determinar não só a estrutura da ordem jurídica – vale dizer, os diferentes *conjuntos*, regras e estatutos –, mas, igualmente, a própria estrutura dos comandos jurídicos.²²

Essa diversidade de fontes de produção do direito, no contexto do pluralismo jurídico, faria sentir seus reflexos, também, na própria concepção de justiça medieval, e no método de raciocínio jurídico, que, da mesma forma, seriam

²⁰ HESPANHA, Antonio Manoel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 250.

²¹ Idem. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 171-172.

²² MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit., p. 57. Grifos nossos.

concebidos de forma particularizada. Assim, a solução dos casos concretos passaria pela observância da desigualdade dos vários conjuntos jurídico-sociais, de modo que as situações desiguais fossem tratadas de maneira desigual. O soberano, intérprete e aplicador do direito, então, estarão “comprometidos a substituir a lei (geral) pelo privilégio (particular) sempre que a generalidade da lei ofenda ao caráter particularizado das situações concretas”,²³ com o que “a ordem jurídica (e a actividade jurídica do poder) deixa de ser dominada pelo princípio da legalidade e passa a ser orientada pelo princípio do privilégio”.²⁴ Pura manifestação do princípio já citado, de que a norma particular (os *iura propria* ou os *ius privilegium*) derroga a norma geral (*ius commune*).²⁵

Quanto ao método de pensar o direito, observa Hespanha que “cada norma acaba por funcionar, afinal, como *uma perspectiva* de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tenha uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adapte melhor ao caso em exame”,²⁶ e que a regra geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não é, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquize as diversas fontes do direito, mas antes o arbítrio do juiz na apreciação dos casos concretos “*arbitrium iudex relinquitur quod in iure non definitum non est*”, fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito.²⁷

Por derradeiro, sublinhe-se que a ordem particularista, como símbolo da pluralidade de fontes normativas, terá o seu fim, na França, a partir da eclosão da Grande Revolução, em 1789, cuja maior inovação, no âmbito da ciência do direito, consistirá na promulgação do *Code Napoléon*, no ano de 1804.²⁸

²³ HESPANHA, Antonio Manoel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 251.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Mais adiante se tratará do caráter subsidiário do *ius commune* em relação aos *iura propria*.

²⁶ Idem. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 173-174.

²⁷ Ibidem.

²⁸ A observação também é feita por Paolo Grossi: “Um particularismo tutto nuovo si profilerà, e si profilerà come rottura de una unità, di una dimensione universale. E l’Europa sara um mosaico di diretti statali territoriali, ciascuno dei quali pretenderà di regolare in modo sempre più esclusivo i rapporti giuridici fra i sudditi. È la lunga strada Che avrà al suo termine il regime del pieno assolutismo giuridico e la soluzione più assolutistica sul piano delle fonti del diritto privato: il Códice (in *L’ordine giuridico medievale*. Roma: Laterza, 2002, p. 226-227).

1.1.1 O dogma político-jurídico da *translatio imperii* e o *unum ius*

Da queda do Império Romano do Ocidente restou, como verdadeira herança, a burocracia de uma organização administrativa e financeira, materializada num aparato estatal outrora em pleno funcionamento, sobrevivente aos colapsos verificados no século III. Desta herança tomaram posse as novas sociedades que se haviam formado em torno da derrocada do império ocidental, propiciada pelas invasões bárbaras.

Daí que, praticamente no mesmo espaço territorial (em torno daquilo que foi o território do Império Romano ocidental), houve a pulverização de diversas comunidades étnicas (antes integrantes do Império e unidas por uma estrutura centralizada e burocrática), com súditos diversos, soberanos diversos e com ordens jurídicas igualmente diversas, sob o predomínio da mentalidade da antigüidade tardia, aliada à metafísica de uma Igreja cada vez mais presente.

Em meio à turbulência decorrente desse processo de reorganização política, pouco a pouco, os reinos emergentes se fortaleciam, expressando o poder real, ao passo que, paulatinamente, estabilizavam-se a estrutura social, os institutos e as formas jurídicas, que acabarão por tender a uma progressiva e gradativa *unificação*, baseada fundamentalmente no direito romano – recepcionado e reinterpretado nas universidades embrionárias do século XII –, o que se convencionou denominar “direito comum” (*ius commune*).

Os direitos medievais se assentavam sobre um espaço econômico, político e cultural ainda indefinidos, onde coexistiam territórios sob a forte influência do Império e de sua organização administrativa, assim como outros em que prevaleciam os *iura propria*, determinados por estatutos de índole personalista e firmados no direito consuetudinário. Paralelamente, o direito da Igreja Cristã, estruturado sobre o direito romano, e unificado a ele, servia de fundo para diversas questões, nem sempre relacionadas à religião ou à fé.

Para que se tenha a exata compreensão deste processo de desenvolvimento da cultura jurídica européia, necessário, antes de tudo, salientar alguns traços da própria formação do conceito de Europa, entendida como fenômeno histórico-cultural particular.

No ano de 800 d.C, Carlos Magno, rei dos francos, da dinastia carolíngia, é coroado por Leão III como *imperator*, “*regnator in orbe*”, instituindo, então, o Império Carolíngio. Mais tarde, em 962 d.C., seria coroado Otão I, dando-se seqüência ao ideal de continuidade do Império Romano, o que se convencionou denominar “Sacro Império Romano-Germânico”. Este ideal ou pretensão de reconstituição do Império Romano, constituídos como verdadeiro dogma político-jurídico, expressava a idéia de unidade política, afirmando Hespanha ter sido inspirada “pela memória do império universal que era o Império Romano, de que os novos imperadores francos ou germânicos, seriam os sucessores”,²⁹ bem como “pela existência, no plano religioso, de uma Igreja ecumênica que reunia toda a cristandade”.³⁰

Essa renovação, ainda que tardia, do Império Romano (*renovatio imperii*) transformou-se no dogma de que “o antigo Império Romano revivescera, sendo os seus atributos políticos, nomeadamente a universalidade do seu poder político, transferidos para os novos imperadores (*translatio imperii*)”.³¹ O império era sacro porque hierarquizado, sendo que tal qualidade era atribuída não à pessoa do imperador, mas à própria instituição imperial. E por significar a continuidade do Império Romano na Terra, o direito que passaria a ser produzido e havido como fonte principal seria, logicamente, o direito do *império*, o direito romano.

A significação da fórmula *translatio imperii* tornou-se fundamental, acabando por simbolizar o próprio suporte político da Igreja Católica Romana. Não se tratava, pois, de pretensão meramente temporal, mas sim verdadeiramente uma comunhão, tanto no plano terreno como no plano espiritual, consubstanciada na tríade “uma religião, um império, um direito” (*una religio, unum imperium, unum ius*), a expressar o que viria a ser uma comunidade cristã (*respublica christiana*) e uma unidade de direito (*ius commune*). Para mais, era o Império entendido como se fosse verdadeira criação providencial (*qui est a Deo*).³²

Entretanto, Judith Martins-Costa adverte:

Estes atributos não foram concedidos por acaso. O império era sacro e hierarquizado, porque era romano: “O conceito do que é sacro havia tomado o império de Roma”, afirma Hans Hattenhauer, e era

²⁹ HESAPANHA, Antonio Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 121-122.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, p. 141.

³² “Que deriva de Deus”; *idem*, *ibidem*.

romano o império porque *queria significar a própria Roma*: “Que o império fosse romano não significava que se considerasse a si próprio como administrador da herança do desaparecido *Imperium Romanum*.” ‘Romano’ não queria dizer que este império tratasse de imitar algumas qualidades essenciais dos romanos o melhor possível nas circunstâncias modificadas.³³

Vale destacar que o dogma da *translatio imperii*, como pretensão político-jurídica, significava em verdade a continuidade de Roma até o presente, sendo o Sacro Império Romano-Germânico o seu único e legítimo sucessor: “O império não era uma cópia de Roma. *Era a própria Roma*. Não era outra coisa que *uma forma de manifestação tardia do Imperium Romanum*”.³⁴ E por expressar justamente esse ideal de continuidade³⁵ é que o dogma perduraria por dez séculos, somente desaparecendo com a dissolução do Império, na Alemanha do século XIX.

Paralelamente, na Península Ibérica a situação era outra, visto que a idéia de continuidade entre o Império Romano e o Sacro Império, esboçada na fórmula da *translatio imperii*, não teve aceitação.³⁶ Na Hispânia, ainda que forte a influência da romanização,³⁷ restou marcante a estruturação da organização sócio-política

³³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 50.

³⁴ Idem, ibidem. Grifos nossos.

³⁵ Sobre o conceito de continuidade, encarada como herança cultural, vejam-se as observações de WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 37-38.

³⁶ De fato, os monarcas dos novos reinos cristãos peninsulares vão reagir negando a superioridade do imperador, reafirmando, na sua plenitude, a independência frente ao império (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, ou seja, o rei que não reconhece superior é imperador no seu reino). Essa posição política, como adiante se verá, veio consubstanciada na fórmula da *exemptio imperii* (Cf. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p.182-196).

³⁷ Conforme Mário Júlio de Almeida Costa, a influência dos romanos sobre a península teria se dado em duas fases distintas: uma fase de conquista, que termina por volta de 19 a.C., com o domínio dos territórios cantábricos e astures; e uma fase de romanização, de progressivo conhecimento e assimilação das formas de vida, da cultura e do direito dos Romanos pelos povos autóctones, completando-se com a concessão da latinidade aos habitantes da Península, bem como da cidadania romana aos súditos do Império em geral (212 d.C.). Entretanto, a vigência das fontes de direito romano de aplicação geral, na Hispânia, fora mais teórica (ou restrita) do que efetiva, dada principalmente a distância de Roma e de seus juriconsultos. Também a ausência de juriconsultos e de órgãos judiciais na própria península constituiu-se fator impeditivo de uma aplicação sistemática do direito romano em toda a sua pureza. Outrossim, a derrocada do Império, no século III, e a conseqüente debilitação do poder central, fizeram com que, pouco a pouco, as instituições romanas vigentes nas províncias fossem relegadas e entregues a si próprias. Por fim, no período das invasões germânicas (período visigótico), no século V, até meados do século VII, a Hispania experimentará a influência das leis bárbaras (leis populares ou leis dos bárbaros – *leges barbarorum* –; leis romanas dos bárbaros – *leges romanae barbarorum* –; e as *capitulares*), sendo que, ao término deste processo histórico de combinação dos elementos culturais romano e germânico, resultará um terceiro elemento: a romanidade “vulgarizada”, cuja influência, no direito peninsular, fez-se notar por três principais textos legais: o Breviário de Alarico (506 d.C.), A Lei de Teudis (546 d.C.) e o Código Visigótico, nas suas versões de Recesvindo (654 d.C.) e de Ervíngio (681 d.C.) – para estas observações, ver, do autor, *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 85-132.

peninsular em torno do objetivo de expulsar os árabes invasores. Os monarcas dos reinos cristãos do noroeste e do nordeste da península (começando pelas Astúrias, até a formação do Reino de Leão e dos demais – Navarra, Castela e Aragão), somaram esforços no sentido de expandirem seus domínios, recuperando os territórios que os árabes haviam conquistado. Porém, as constantes rivalidades e dissensões verificadas entre os próprios cristãos, no período, contribuíram para o atraso e o enfraquecimento do ímpeto da Reconquista.³⁸ Até que, por volta de 1492, o último território sob a égide dos árabes seria incorporado ao Reino de Leão e Castela. Os reis castelhano-leoneses da península, desde os primeiros tempos do período de reconquista, usariam o título de *imperator*, embora em caráter regional, não como herdeiros de Roma, mas sim como os dirigentes dos vários reis cristãos peninsulares, liderando-os na luta contra o Islã.

Por força dessas particularidades históricas (devido em parte à isenção peninsular, e em parte, também, ao afastamento geográfico) é que a doutrina da *translatio imperii* não se fará sentir nas relações havidas entre os suseranos hispânicos e o Sacro Império. Para tanto, a *exemptio imperii*, que nada mais era do que a recusa dos reis à submissão ao imperador,³⁹ legitimava o poder temporal dos reinos independentes, bem como a aplicação do direito costumeiro na península, em detrimento do direito romano escrito, fato que iria repercutir na peculiar história das fontes normativas daquele território.

³⁸ Cf. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., p. 149-159.

³⁹ Cf. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. Op. cit., p. 189-196. Refere o autor interessante episódio ocorrido no Reino de Portugal, que, para o bem de ilustrar a manifestação da *exemptio imperii*, merece transcrição: “Já no reinado de D. Dinis, deu-se um facto sintomático. Segundo parece, fora enviado a Portugal um legado imperial que, aqui, pretendia fazer algumas diligências e actos judiciais. Então, D. Dinis, em Santarém, mandou-o notificar, na presença do Arcebispo de Braga, D. Martinho, e do Bispo de Lisboa, D. João, de que «*el devya saber e que soubesse que os enperadores nunca ouverom nem am nenhuu poder na as terra nem no seu senhorio del rey de Portugal. E den deyva saber fose certo que os reis que ouve em Portugal conquererom a terra e filharam a mouros e assy a ouverom e pesuyram sempre em como a os mouros avyam. E nunca enperador nem outrem ouuera nem avya na as terra nem no seu senhorio nenhuma juridiçom. E disse que el rey se sofrera desto porque era homem doutra terra e dotra linguagem e nom sabia esto [...]».*”

1.1.2 O legado do direito romano e a sua recepção

Na Europa continental, a história do direito privado moderno inicia-se com a “redescoberta” do *Corpus Iuris Civilis*, salientando Franz Wieacker que, desta forma, surgia uma ciência jurídica medieval, a partir das formas de comentário e de ensino do *trivium* (as técnicas da gramática, da retórica e da dialética), aplicados no estudo do direito justiniano,⁴⁰ e assinala “nas últimas décadas do século XI, começou, provavelmente em Bolonha, a recensão crítica do *Digesto* justiniano que, conhecido por *littera Bononiensis* («Vulgata do Digesto»), se havia de transformar no texto escolar básico do *ius civile* europeu”.⁴¹

Certo que a “redescoberta” do legado justiniano, entendida como “renascimento do direito romano”, ou simplesmente “recepção”, não se deu por acaso, ou por um aspecto episódico, como a histórica lenda de que o Digesto teria sido descoberto casualmente, no ano de 1135, durante o saque da cidade de Amalfi, sendo depois levado para Pisa, sede da corte lombarda.⁴² Contrariamente, são apontados pela doutrina variados fatores históricos que, combinados, deram azo à gênese do renascimento do direito romano.

Wieacker atribui o favorecimento da recepção do *Corpus Iuris* ao progresso do ambiente comercial europeu:

O progresso urbano originou um ambiente comercial progressivo, que colocou novas exigências à compreensão intelectual das matérias jurídicas na administração da justiça, na actividade consulente, na prática da advocacia e do notariado; certo é ainda que esse progresso impulsionou poderosamente a consciência de si, no domínio político e a formação de uma cultura literária profana. Se este último facto incentivou o recurso à tradição romana, o primeiro fez crescer as necessidades de uma expressão oral e escrita precisa e de rigor nas concepções jurídicas.⁴³

Também Almeida Costa, a respeito do mesmo contexto histórico, e relembando os reflexos da doutrina da *translatio imperii* na Europa, sinala:

⁴⁰ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 11.

⁴¹ Ibidem, p. 39.

⁴² ALMEIDA COSTA, Mário Julio. Op. cit., p. 207.

⁴³ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 40-41.

Desde logo, a restauração do Império do Ocidente, o chamado Sacro Império Romano-Germânico, que aí encontrava o seu *sistema jurídico*. Sob a égide da *Igreja*, operou-se não só essa renovação política, mas também a aplicação do direito das colectâneas justinianeias às matérias temporais. A seguir à morte de Carlos Magno, todavia, agudizaram-se as relações entre o Papado e o Império. Rompe a grande querela⁴⁴ que encheu a época e de que constituem aspectos mais ou menos velados as controvérsias a respeito do problema do Estado, sua função social e as formas de governo, do problema da Igreja e da respectiva orgânica interna. Procurava-se no direito justinianeu apoio para o robustecimento da posição imperial, a que não era mesmo estranho um desejo de predomínio sobre os soberanos, dos restantes Reinos.⁴⁵

Em consonância com Wieacker, aduz ainda que:

Não se podem perder de vista determinados fatores económicos. Assim, o aumento da população, o êxodo do campo, as potencialidades da nascente economia citadina, com seu carácter essencialmente monetário, a sua indústria, o seu comércio, as suas novas classes sociais. Colocavam-se ao direito problemas de maior complexidade.⁴⁶

No mesmo toar, ressaltando a influência da Igreja Católica Romana na recepção do direito romano, Gomes Espinosa afirma:

Derrubada, politicamente, em 476, a «*pars occidentis*» do Império, a única grande realidade institucional dos tempos antigos que sobrevive, e faz a ligação entre o romano e o bárbaro, é a Igreja. Tempos haverá em que «*catholicus*» é sinónimo de «*romanus*». Ora, do mesmo modo que foi a Igreja a manter a idéia de Império, e, depois, a promover a «*translatio Imperii*», assim, também é ela que, em contacto permanente com o mundo bárbaro, vai insinuando, nas coisas temporais, a aplicação do direito romano que é a sua «*lex approbata*», a sua «*lex seculi*».⁴⁷

⁴⁴ A “Querela das Investiduras”, designação do episódio em que se perturbaram as relações entre o Papado e o Império, nos anos de 1075 a 1122, é apontada, igualmente, como desencadeadora do despertar da atividade jurídica, haja vista que, para conduzir as negociações e elucidar a polémica, os juristas tiveram de recorrer aos textos jurídicos, seja de direito romano, seja de direito eclesiástico, ocasionando “um intenso labor de pesquisa, de crítica e de organização das fontes jurídicas, vindo, igualmente, reforçar a tendência, já observada, de ‘considerar o senhor laico o garante e o distribuidor da justiça, [de modo que,] se era de seu dever fazer respeitar a justiça, era preciso, então, desenvolver os códigos [romanos] e melhorar as instituições judiciais””. A crise foi encerrada pela Concordata de Worms, em 1122, na Alemanha. Para estas observações, ver MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 61-62 e notas.

⁴⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., p. 208. Grifos nossos.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. Op. cit., p. 198.

Claro está, portanto, que a recepção não se constituiu em descobrimento de um direito que tivera sido ignorado ou esquecido. Em vez disso, o direito romano há muito vinha servindo de inspiração para a Igreja na concepção dos institutos de direito canônico (mesmo porque “*Ecclesia vivit lege romana*”), ao passo que, no plano temporal, revestia-se de caráter subsidiário ao direito próprio. Assim, o verdadeiro sentido da expressão *renascimento* está em significar o reencontro do direito romano através do estudo, independente, dos genuínos textos justinianeus e não, como até esse momento, englobado nas «*artes liberales*», sem autonomia, e deturpado ou transfigurado em virtude de adaptações literárias mais ou menos incorretas.⁴⁸

Motivos de ordem política, econômica, religiosa e cultural, pois, fizeram com que florescesse o estudo do direito romano justinianeus, formando um contexto histórico que se firmou a partir de fins do século XI, até o século XIV. Essa dinâmica se acelera com o surgimento, na Itália, da Universidade de Bolonha⁴⁹ – antecedida, é verdade, por outros centros de estudos que já trabalhavam com o *Corpus Iuris* justinianeus, como são exemplos Pavia e Ravena –, sendo que, doravante, com a criação das demais universidades, o direito romano passaria a ser ensinado uniformemente por quase toda a Europa.

A fundação das universidades constituiu-se fator de extrema relevância a difundir a romanística na Europa continental. Se antes o ensino do direito imperial fora concentrado na Itália, agora o processo de alargamento da aprendizagem do *Corpus* se faria refletir pelos diversos países. Assim, em que pese a diversidade de modelos de ensino que inicialmente adotar-se-ão nas universidades, sua importância estaria na própria transformação das estruturas do aparelho jurídico-administrativo dos Estados incipientes, bem como, no dizer de Martins-Costa, na preparação “do material humano que possibilitará a constituição das estruturas burocráticas do Estado moderno”.⁵⁰

⁴⁸ Ibidem, p. 199.

⁴⁹ Judith Martins-Costa atribui o nascimento das universidades às mesmas causas já analisadas, que ocasionaram a chamada “redescoberta” do direito romano, observando que “sua fundação e expansão está ligada a um complexo de fatores dentre os quais avultam o desenvolvimento das cidades, as transformações da ordem econômica, em especial com o incremento do comércio, a organização de um incipiente aparelho de Estado, as lutas entre o papado e o império, entre outros fatores que compõem o chamado ‘renascimento’ do século XII”. In MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 66.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 67.

As universidades serviriam de ferramenta aos próprios propósitos do Estado, haja vista que a Igreja, como detentora do monopólio da cultura e do saber (era seu o saber do ler, do escrever, do documentar, da expressão literária e escrita),⁵¹ manipulava o instrumental necessário às tarefas de legislar, administrar e conceder justiça, acarretando na sua vinculação à linguagem eclesiástica. O Estado, percebendo-se nesta situação, finalmente compreende que, sem o direito para organizar e burocratizar o crescente aparelho administrativo, uniformemente, e com vigência abarcando todo o território, não conseguiria sobreviver.⁵²

Outrossim, no que tange aos aspectos exteriores, já salientados, que deram causa à recepção do direito comum, mostrava-se cada vez mais interessante aos Estados incipientes a uniformização do direito também no âmbito transnacional, já que paulatinamente se pulverizavam as relações econômicas entre as nações, com o crescente desenvolvimento da economia mercantil e monetária. Nesse sentido, afirma Hespanha que:

“[...] eram essenciais, no plano jurídico, um *direito estável*, que garantisse a segurança necessária à previsão e ao cálculo mercantil capitalista, um *direito único*, que possibilitasse o desenvolvimento de um comércio nos moldes citados, de forma a se afastarem os percalços advindo da multiplicidade de ordens normativas, e um direito individualista, que fornecesse uma base adequada para a atividade dos empresários – banqueiros e comerciantes –, de modo a deixá-los livres das limitações de ordem comunitária e dos privilégios locais”⁵³.

O direito romano, também em razão de sua abstração (pois abarcava as situações fáticas em suas diversas normas, por meio de modelos mais ou menos gerais), opunha-se ao casuísmo que permeava os direitos da Idade Média, e por tal motivo, era aceito como direito *subsidiário comum* a todas as praças comerciais européias, assim constituindo-se “uma *língua franca* de todos os mercadores, usada desde as cidades da Hansa, nas costas européias do Báltico e do Mar do Norte, até as da faixa mediterrânea”⁵⁴.

⁵¹ Ibidem, p. 68.

⁵² Ibidem.

⁵³ HESPANHA, Antonio Manoel. HESPANHA, Antonio Manoel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 447.

⁵⁴ Idem. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 144-145.

A recepção se iniciaria justamente a partir de Bolonha, visto que, como acentuado por Wieacker:

Precisamente aqui [norte da Itália] se verificava também um fértil campo de tensão entre a tradição romana, o direito popular de um grupo étnico com um talento jurídico especialmente pronunciado e ordens jurídicas locais fortemente diferenciadas [...], contexto associado a um “*ambiente comercial progressivo*, que colocou novas exigências à compreensão intelectual das matérias jurídicas na administração da justiça, na actividade consulente, na prática da advocacia e do notariado [...].⁵⁵

A par destas peculiaridades, avultou em importância, neste processo, a própria figura do jurista Irnério (±1050-±1225) o *magister artium Irnerius*, maior expoente da Escola de Bolonha, observando Almeida Costa que sua fama “expandiu-se rapidamente”⁵⁶ e que “Bolonha tornou-se, em poucas décadas, o centro para onde convergia um número avultado de estudantes [...]”,⁵⁷ sendo que, com a introdução do direito romano renascido, não só como resultado de imposições dos poderes públicos, verificou-se cada vez mais a atuação concreta dos juristas de formação universitária nos vários países europeus.

Ainda a respeito do famoso jurista, afirma Hespanha:

“Na primeira metade do século XII, o monge Irnerius começou a ensinar o direito justiniano em Bolonha, dando origem à ‘escola dos glosadores’, posteriormente continuada por discípulos seus. Estes dispersam-se primeiro pela Itália (*citramontani*), depois por França (*ultramontani*), onde, sob a influência da escolástica francesa, se elaboram as primeiras sínteses. Por volta de 1240, Acúrsio reúne a elaboração doutrinal da escola na célebre *Magna Glosa*, *Glosa Ordinária* ou, simplesmente, “*Glosa*”. Outrossim, “as características mais salientes e originárias do método bolonhês⁵⁸ são a *fidelidade ao texto justiniano* e o *caráter analítico* e, em geral, *não sistemático*”.⁵⁹

⁵⁵ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 41. Grifos nossos.

⁵⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., p. 218-219.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ As bases metodológicas desses estudos repousavam em três das sete *artes liberales*, quais sejam, a gramática, a dialética e a retórica, que, unidas, compunham o ensino trivial, ou *trivium*. Era assim, pois, que operava o *studium civile* de Bolonha, sobre o qual refere Wieacker que “a técnica expositiva da escola de Bolonha liga-se, assim, à tradição do ensino trivial. Mantêm-se as figuras de explicação e raciocínio elaboradas originariamente pela lógica, gramática e retórica gregas, aplicadas inicialmente pelos eruditos alexandrinos à exegese dos textos filológicos: a glosa gramatical ou semântica, a exegese ou interpretação do texto, a concordância e a distinção”. WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 47.

⁵⁹ HESPANHA, Antonio Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 197-198.

Finalmente, repise-se que a “redescoberta” do direito, como fator de unificação das fontes de produção normativa, iria se contrapor à estrutura particularista dos direitos medievais, favoráveis às ordens feudais privilegiadas, que alcançavam a nobreza e o clero. Essa estrutura fragmentária, decorrente da multiplicidade de fontes, constituía-se em empecilho ao nascente interesse dos Estados incipientes, no sentido da unificação política de seus territórios. Por isso, e por todas as outras razões, é que o direito romano redescoberto revestir-se-ia, pouco a pouco, de um carácter de subsidiariedade, servindo de fonte secundária de direito, em contraponto à estrutura pluralista dos direitos próprios, assumindo a condição de “direito comum”.

1.1.3 A interface entre o *ius commune* e o *ius proprium*

Como se expôs, a “recepção” do direito romano, em função das propícias condições históricas presentes na Europa, desde o século XI, faria com que o corpo normativo romanístico reassumisse a condição de base da experiência jurídica no continente, levada a cabo pelo crescente despertar dos estudos do *Corpus iustinianeu* nas universidades da alta Idade-Média.

O direito iustinianeu, como já sublinhado, serviu como verdadeiro elemento unificador, pautado pelo sentimento de unidade jurídica, seja por imposição do Império ou da Igreja, ou por interesse dos reinos, cada qual com os seus particulares objetivos. Por isso apresentava, como característica fundamental, a *unidade*, que, segundo Hespanha, acaba por se desdobrar em cinco importantes aspectos:

- (i) Quer enquanto *unifica* as várias fontes de direito (direito iustinianeu, direito canônico e direitos locais); (ii) quer enquanto constituiu um objecto *único* (ou comum) de todo o discurso jurídico europeu; (iii) quer ainda enquanto “trata” este objecto segundo métodos e estilos de raciocinar *comuns*; (iv) forjados num ensino universitário do direito que era *idêntico* por toda a Europa; e (v) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então *universal* – o latim.⁶⁰

⁶⁰ Ibidem, p. 121.

Afora o ideal de reconstituição do Império e da unificação das ordens jurídicas, bem como do próprio contexto universitário que possibilitou a restauração do direito justiniano, gize-se que para esse sentimento de unidade concorreu, significativamente, a homogeneidade da formação intelectual dos estudiosos das ciências jurídicas, jungidos por uma disposição intelectual comum, modelada pelos variados fatores que se faziam presentes, de um modo geral, na formação da cultura européia continental. Vale destacar que o uso da mesma linguagem técnica – o latim – permitia que os juristas letrados e os estudantes universitários vislumbrassem o mesmo horizonte de referência, qual seja, a tradição literária romana, aliada a uma metodologia de ensino igualmente comum, fundada nas artes da retórica, da lógica e da gramática (*trivium*).

Por tal combinação de fatores (“a unificação dos ordenamentos jurídicos suscitando e possibilitando um discurso jurídico comum, este último potenciando as tendências unificadoras já latentes no plano legislativo e judiciário”⁶¹), é que surge, finalmente, o direito comum. Todavia, a ele se contrapunham os direitos locais (*iura propria*), que, como já destacado, consistiam nas ordens jurídicas particulares, de tradição consuetudinária, e nos privilégios decorrentes de determinados estatutos pessoais. Em face da generalidade desse direito, por conseguinte, ainda assumiam grande relevância os direitos próprios, visto que a individualidade histórica do particularismo há muito se encontrava arraigada,⁶² não servindo o *ius commune* como um fator de ruptura, mas antes como um *contraponto*. Justamente por isso, a vigência do direito comum teria de se compatibilizar com a das múltiplas ordens jurídicas reais, municipais, corporativas, familiares, eclesiásticas e costumeiras, adotando-se, para tanto, o critério da *subsidiariedade*, já que os direitos próprios, no acertado dizer de Hespanha:

Têm primazia sobre o direito comum, ficando este a valer, não apenas como direito subsidiário, mas também como direito modelo, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana

⁶¹ Ibidem, p. 122.

⁶² A partir dessa época de coexistência do *ius commune* e do *ius proprium* é que o rei passaria a funcionar como árbitro dos conflitos entre as várias fontes de direito, porquanto, em muitos aspectos, as soluções consuetudinária e romano-canônica não iriam coincidir. Assim, o rei, cada vez mais, seria instado a dirimir as controvérsias decorrentes da vigência tanto do direito comum quanto dos direitos próprios, em verdadeiro arbitramento, pronunciando-se ora pela manutenção do direito antigo, do *costume* local, ou dos *foros* da nobreza e do clero, ora pela adoção do direito novo, do *utrumque ius* (para essas observações, consultar GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. Op. cit., p. 240 e ss.).

(*ratio scripta, ratio iuris*), dotado por isso de uma força expansiva que o tornava aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares e, ao mesmo tempo, o tornava num critério, tanto para julgar da razoabilidade das soluções jurídicas nestes contidos, como para reduzir as soluções, variegadas e dispersas dos direitos locais, a uma ordem “racional”.⁶³

Mas, sendo fundado na razão, dispunha de uma vigência *potencialmente geral*. Isto queria dizer que se aplicava a todas as situações não cobertas pelos direitos próprios ou particulares. Mesmo estes, não deixavam de sofrer as conseqüências da sua contradição com o direito comum. Não deviam ser aplicados a casos neles não previstos (por analogia); não podiam constituir fundamento para regras jurídicas gerais (D., 1,2,14: ‘aquilo que foi recebido contra a razão do direito não pode ser estendido às suas conseqüências [indirectas]’); deviam ser interpretados de forma estrita.⁶⁴

De fato, durante os séculos XII e XIII, o direito comum passaria a integrar, definitivamente, o corpo das fontes de direito da maior parte dos reinos do continente europeu, mesmo naqueles em que a supremacia do imperador não era reconhecida, como os da Península Ibérica, embora, nestes casos, a recepção do direito comum emanasse diretamente da autoridade do rei, por força da inerente racionalidade intrínseca das suas regras, e apenas quando se verificasse que determinada matéria jurídica não estivesse regulamentada pelo direito local.

No mesmo plano, contrastavam os direitos dos reinos (que pretendiam uma validade absoluta no domínio territorial de jurisdição real) com os direitos feudais, numa relacionamento diverso do havido entre o *ius commune* e os *iura propria*. Esclareça-se que o poder real impunha o *direito comum do reino* pelo argumento de autoridade, validado na superioridade política da coroa, e não por apresentar-se como uma *ratio iuris*, ou seja, como direito cujo fundamento repousasse na sua racionalidade inerente. Em contrapartida, os direitos feudais, emanados dos poderes inferiores, eram levados a reconhecer essa supremacia pela máxima de que a lei superior não pode impor-se à lei inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), o que em absoluto ocorria com o direito comum em relação aos direitos próprios. Desta forma, a supremacia política do rei ficava garantida pelo princípio da *especialidade* (ou *superioridade*), permitindo que vigessem direitos especiais dos corpos politicamente inferiores, desde que restringidos aos seus âmbitos próprios, não podendo ultrapassar o seu espaço de autogoverno.

⁶³ Ibidem, p. 143.

⁶⁴ Ibidem, p. 167.

De qualquer sorte, o período de concorrência entre o *ius commune* e o *ius proprium* foi marcado por um relativo equilíbrio, não obstante se afirme que aquele, aos menos num plano *teórico*, acabara se sobrepondo a este, notadamente pela própria perfeição e sofisticação das fontes romanísticas, em muito superiores às dos direitos locais, que, também por não conterem uma teoria própria, acabavam tendo seu âmbito de incidência definido pelo direito comum, que servia de parâmetro para a decisão sobre a existência de lacunas, a ensejar a sua aplicação.

O término desse ciclo só iria se dar em começos do século XVI, com a total independência do *ius proprium*, que, impelido principalmente pelas pretensões reinícolas na busca da uniformidade e unidade do direito por todo o território, torna-se, enfim, exclusiva e imediata fonte normativa, relegando o direito comum à categoria de fonte subsidiária, apenas “a mercê da autoridade ou legitimidade conferida pelo soberano, que personificava o Estado”.⁶⁵

1.2 O RENASCIMENTO E O HUMANISMO: A “PRIMEIRA SISTEMÁTICA”

O fenômeno histórico denominado “Renascimento” marcou a primeira etapa da transição do feudalismo para o capitalismo, num contexto de substancial alteração das estruturas política, social, econômica e cultural no continente europeu. Essa modificação fez-se notar primeiramente nas esferas econômica e social, visto que, no curso desse processo, transformaram-se as básicas relações havidas entre o indivíduo e sua família, sua posição social, assim como toda as demais relações sociais, a distribuição de classes e os estratos sociais. Sobre este período, assinala Agnes Heller:

O conceito de «Renascimento» abarca um processo social global que vai da esfera econômica à social, em que resta afetada a estrutura básica da sociedade, no plano cultural, compreendendo a vida cotidiana e a mentalidade diária, a prática das normas morais e os ideais éticos, as formas de consciência religiosa, as artes e as ciências. De fato, só se pode falar a respeito de Renascimento quando todos estes fatores aparecem reunidos em um mesmo

⁶⁵ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 255.

período, em função de determinadas alterações na estrutura social e econômica.

O Renascimento é a primeira etapa do largo processo de transição do feudalismo ao capitalismo. Engels a tratou, com acerto, como uma «revolução». No curso desse processo de transformação de um todo social e da estrutura econômica, um completo sistema de valores e uma concepção de vida sofreram um abalo. Tudo se alterou: as lutas sociais se davam uma após a outra, em uma velocidade alucinante; os indivíduos situados «acima» e «abaixo» na hierarquia social trocavam de lugar rapidamente. Com tais erupções e vertiginosas mudanças, pode-se observar o processo de evolução social manifestando-se em toda a sua pluralidade. Em todo o caso, o Renascimento ocupa lugar entre dois sistemas sócio-econômicos estáveis: por um lado o feudalismo, e por outro a busca pelo equilíbrio entre as forças feudais e as forças burguesas.⁶⁶

O humanismo, como um dos principais reflexos da Renascença, simbolizará a superação da própria concepção de *homem estático* herdada da Antigüidade, com suas potencialidades circunscritas às suas vidas social e individual, passando a ser *homem* na concepção *dinâmica*, compreendendo sua existência sob uma perspectiva histórica, isto é, como produto de circunstâncias históricas, vendo-se cada vez mais envolvido na questão de sua relação com a natureza, bem como na busca pelo seu completo domínio.⁶⁷

Nessa busca, e na tentativa de compreender a sua relação com a natureza, o homem, como *cientista*, irá aproximar a ciência da vida cotidiana, em constante alteração, sendo que, paulatinamente, na medida em que surgem novas necessidades advindas dos novos modos de produção, novas respostas a essas demandas são oferecidas por esta mesma ciência:

As grandes descobertas se acumulavam, sobretudo as de caráter científico: Copérnico (1473-1543) afirma o movimento da Terra em torno do Sol em seu *Tratado das Revoluções dos Corpos Celestes*. Galileu Galilei, com uma incipiente luneta e cálculos matemáticos sofisticados para a época, confirma a teoria de Copérnico e descobrirá, ainda, as leis da queda dos corpos. Kepler (1571-1630)

⁶⁶ HELLER, Agnes. *El hombre Del Renacimiento*. Barcelona: Ediciones Península, 1980, p. 08. Tradução nossa.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 19. A respeito da questão da relação entre o homem e a natureza, sob a perspectiva renascentista, assinala Agnes Heller que “Um reiterado lugar comum quanto à abordagem do Renascimento, é a idéia de que, naquela época, «Voltou o homem a ser o centro da atenção». Todavia, o mais correto seria sustentar que a natureza se tornou o centro do pensamento. Não obstante, a questão que aqui importa é a da maneira pela qual o Renascimento interpretou a relação entre a natureza e o homem (ou a sociedade). Em primeiro lugar, surge a idéia de que o homem pode «conquistar» a natureza, para então criar desta natureza uma «outra» natureza. A percepção da «conquista da natureza» corre paralela ao descobrimento da idéia de *evolução* da humanidade”. Tradução nossa.

expôs em 1609 as três leis do movimento dos planetas. Michel Servet (1509-1553) foi o primeiro a conceber a idéia da circulação do sangue. A matemática pura progride, pois, em 1543, o matemático italiano Tartaglia resolve equações de 3º grau. Viète, antes mesmo de Descartes e Fermat, entrevê o princípio da aplicação da álgebra à geometria. A descoberta da pólvora, a invenção das armas de fogo, das agulhas de marear – bússola – alteram os cenários das guerras, conquistas e da navegação marítima. Se a tudo isso for acrescida a invenção da imprensa e a difusão da cultura humanista que principia a resultar desse fato, compreende-se a efervescência intelectual e a expectação da época do Renascimento.⁶⁸

Essas novas descobertas e seus resultados nada mais representaram senão a postura crítica do estudioso (cientista) frente o conhecimento que até então se tinha a respeito das coisas. Assim, a procura cada vez maior pela compreensão e pelo domínio da natureza conduziria a uma atitude crítica e a um sentimento de relativismo, que, no campo da matemática e da filosofia, fizeram-se sentir por dois dos maiores expoentes científicos do período, Pierre de la Ramée (1515-1572) e Giordano Bruno (1548-1600), este concebendo o universo infinito no tempo e no espaço e argumentando sobre a relatividade do movimento da Terra e dos corpos.⁶⁹

Desta forma, o olhar humanista pressupõe um Universo com o homem em foco, todavia tendo a Antigüidade como modelo, porquanto no campo da Filosofia, irá se expressar pelos estoícos e pelo pensamento de Platão; nas letras, a literatura pagã é redescoberta, colocando-se os autores latinos clássicos em primeiro plano, restabelecendo, ainda, o hábito perdido da leitura em língua grega, até então em desuso frente à latinidade.

Porém, adverte Menezes Cordeiro que “a idéia de «renascer», aplicada ao estádio cultural dito de «renascimento», não deve ser entendida como uma ressurreição da antiguidade ou como um seu restabelecimento, tão próximo quanto possível, do modelo original”.⁷⁰ De fato, tanto o Renascimento quanto a corrente humanista significaram um rejuvenescimento do presente, mas com inspiração clássica, o que, no campo do direito, representou o regresso apregoado à pureza do direito romano clássico. Essa renovação ainda significou a contestação da

⁶⁸ ROMERA VALVERDE, Antônio José. *Humanismo, ciência, cotidiano – sob o renascimento. Margem*, n° 17, p. 64-65, jun. 2003.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 95-97.

⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 192.

metodologia dos glosadores e dos comentadores, que não ousavam ir além da autoridade dos textos justinianeus:

A polémica contra glosismo e comentarismo foi enérgica; a discussão anti-justinianeia e compilatória, acesa. Tratou-se, no entanto, mais de atingir a Ciência medieval em pontos sensíveis do que conseguir sequer um conhecimento do que fora o Direito romano clássico; esse objectivo seria atingido, parcialmente apenas, século mais tarde. Os humanistas ofereceram à posterioridade uma renovação metodológica, e não um verdadeiro espaço de elementos jurídicos novos. A sua atuação virar-se-ia, assim, para a pedagogia, contrapondo ao ensino memorizador e estereotipado da escolástica anterior centrado em subtilezas isoladas, um estudo vocacionado para a busca das idéias gerais perpétuas, com a distinção prévia necessária entre acidental e essencial.⁷¹

Dois séculos mais tarde, o exercício da crítica pelos novos juristas (agora *cientistas* do direito) e a desconfiança quanto aos métodos então aplicados na ciência jurídica recairiam fatalmente sobre o direito romano, que, por sua desorganização e ambigüidade, por sua estruturação assistemática e pelo demasiado formalismo em seu conteúdo,⁷² revelava-se inadequado para a regulação das novas relações que se davam no ambiente social e econômico de transição do século XVI. E a conseqüência de tudo isso foi, no âmbito do direito, a primeira aplicação da idéia de sistema, ou seja, a *primeira sistemática*.

Consoante analisa Judith Martins-Costa, citando Jürgen Habermas, essa transformação advinda do fenômeno cultural da Renascença acarretaria em uma modificação da própria concepção de direito, já que com a progressiva superação da historicidade dos textos justinianeus, somada à autonomização do poder laico frente ao religioso e à liberação das fórmulas escolásticas de raciocínio, passaria a ser compreendido não mais como sendo de caráter natural ou sacro (em decorrência, lembre-se, da tríplice estrutura do direito medieval: direito sacro, porque da Igreja, direito romano, porque posto pelo Imperador e administrado pela burocracia imperial, e direito consuetudinário), mas como de caráter positivo, porquanto posto pela ordem humana. Nas palavras de Habermas:

[...] na medida em que as imagens religiosas do mundo se dissolvem em convicções de tipo subjetivo e privado, e as tradições do direito

⁷¹ Ibidem, p. 193.

⁷² Ibidem, p. 96.

restam absorvidas por corpos de especialistas, que fazem um *usus modernus* deste direito, rompe-se a estrutura trimembre do sistema jurídico. [...] o poder político do príncipe se emancipa da vinculação ao direito sacro e se torna soberano. A ele compete a tarefa de preencher, por sua própria força, por intermédio de uma legislação política, os vazios que deixa para trás de si este direito natural administrado por teólogos. Daí para diante todo o direito terá sua fonte na vontade soberana do legislador político.⁷³

Na ciência jurídica, a *primeira sistemática*, como conseqüência do Renascimento e da sua influência humanista, representou, portanto, a quebra de um paradigma metodológico, a ruptura com um modelo baseado na recepção do *Corpus Iuris* justinianeus, no qual eram aplicados estudos interpretativos consistentes em glosas e em comentários, que caracterizaram o *mos italicus*, fundado nas técnicas escolásticas tópico-aristotélicas que dominaram, até então, a estrutura discursiva do direito. Daí para frente, o modelo discursivo do direito ganharia nova roupagem, quer pela própria idéia de sistema, agora aplicada na ciência jurídica, quer pela atividade dos novos operadores do direito.⁷⁴

A compreensão sobre o que veio a constituir a *primeira sistemática* deve advir da sua diferenciação com relação à sistemática posterior, que se convencionou chamar de *segunda sistemática*, oriunda do movimento jusracionalista, e sobre a qual tecer-se-ão comentários em breve. Assim, cumpre resgatar certos conceitos sobre a idéia de sistema, mormente no que diz respeito à oposição entre *sistema externo* e *sistema interno*, bem como em relação às idéias de sistematização central e periférica.

No limiar desta exposição, sublinhamos que ao termo “sistema” corresponde, basicamente, a idéia de ordem ou ordenação, funcionando como método de disposição de determinados elementos consoante certos critérios, como princípios, idéias-chave, axiomas que não guardem relações entre si, ou, no dizer de Menezes Cordeiro, “expressos, em séries ordenadas, de acordo com fatores acientíficos, ou

⁷³ In *Como es posible la legitimidad por la via da legalidad?* Revista *Doxa*, Universidade de Alicante, 1988, p. 21-46, apud MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 97-98.

⁷⁴ No mesmo sentido, John Gilissen sinala que “O ensino e o método do estudo do direito romano sofrem profundas mudanças no século XVI, por influência do Renascimento e do Humanismo. A velha escola bartolista dá lugar a uma escola humanista que contribuiu para tomar os estudos jurídicos mais científicos” (in *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 249).

menos científicos, ou de cientificidade não-conforme com os progressos atingidos no domínio da Ciência comum, à época em que surja o problema”.⁷⁵

Como bem ressalta Judith Martins-Costa, para que se encontre o *sistema externo* no Direito, “é preciso supor que as normas jurídicas em si mesmas consideradas não tenham, entre si, relações específicas e imanentes”.⁷⁶ Daí a aceção de *sistema* externo significar simplesmente “ordem”, ou modo de dispor conhecimentos, segundo critérios diversos, ou aceitar com o objetivo de ordenar elementos exteriores, concebendo uma estrutura a partir deles. Na disciplina jurídica, significa a atividade do jurista de “dar uma *estrutura ordenada* às normas, integrantes de certo *conjunto*”.⁷⁷

Já a expressão *sistema interno*, diversamente, quer significar que uma ordenação externa já é pressuposta, sendo que, por essa razão, pressupõe-se que seus elementos integrantes guardem em ter si uma identidade material, com o que “pressuposta a *conexão material* entre as normas que compõem certa matéria, bem por isso, a preocupação com a sua ordenação exterior. A conexão resulta das mútuas relações entre os princípios. Fala-se, então, em ‘sistema imanente’ ou sistema interno”.⁷⁸

Com a *primeira sistemática*, avançou-se na concepção do *sistema externo* porquanto os juristas do período trataram de organizar e classificar toda a matéria jurídica justinianeia, antes dispersa, consoante idéias gerais que acabaram funcionando como critério de um novo *methodus disponendi*. Registre-se que o próprio *Corpus Iuris*, na medida em que pretendeu fazer corresponder a situações iguais, saídas idênticas, e a questões diferentes, respostas diversas, aproximou-se mais da concepção de sistema interno, mas ainda assim, não conseguiu ordenar o desenvolvimento do direito por meio de princípios compreensivos.⁷⁹

Ao revés, os juristas humanistas, jungidos à missão de organizar e classificar a matéria jurídica segundo idéias gerais imutáveis, na preocupação de superar a tradição medieval glosista e comentarista, contra quem se voltaram energicamente e “na tentativa de contrapor à lógica e à subtilieza pontuais uma pedagogia renovada e

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 194-195.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 100.

⁷⁷ Ibidem, p. 101. Grifos nossos.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 195.

em consonância com os progressos alcançados nas ciências exatas de que foram contemporâneas, deram ao [material] jurídico, uma *arrumação própria*".⁸⁰

1.2.1 Uma nova realidade normativa

O século XIV restou marcado pela integração entre o *ius commune* justinianeu e o *ius proprium*, numa relação de subsidiariedade, como antes afirmado. Devido a essa dualidade, o saber jurídico sairá em busca da redução do cúmulo de ordens jurídicas, convergindo-as em uma unidade, impulsionado tanto pelo processo de evolução política e social decorrente do progresso do movimento de centralização do poder nas mãos do Estado, como pelo desequilíbrio das fontes de produção normativa, à medida que o direito reinícola passa a impor sua supremacia sobre o próprio direito comum, em formação desde o século XI.

O direito romano, a partir da sofisticação do estilo de vida imprimido pela Renascença e por seu ambiente cultural peculiar, não seria mais capaz de trazer contribuições de valia, mormente nos novos campos do direito que se desenvolviam (no direito da esfera pública, citam-se o criminal e o tributário; na esfera privada, o direito comercial, em função das novas exigências sociais do mercantilismo). O abandono dos princípios da doutrina romano-civilística, nesses domínios, iria refletir uma tendência mais ampla de submissão do direito comum justinianeu aos direitos nacionais, cuja codificação, a partir do século XV, começa a sua marcha, como conseqüência da centralização monárquica. Esse período de unificação e uniformização dos direitos locais nos Estados europeus em formação é descrito por Hespanha:

Em França, a redacção dos costumes é ordenada sucessivamente por Carlos VII (1454), Luís XI (1481) e Henrique III (1587); Em Espanha, uma codificação dos costumes, ordenada por Isabel a Católica (as *Ordenanzas Reales de Castela*), aparece em 1484, enquanto a codificação da legislação real é realizada em 1567. Nos Países Baixos, a recolha escrita do direito local é empreendida sob Carlos V (1531) e, na Bélgica, com o *Édit Perpétuel* (1611).

⁸⁰ Ibidem. Grifos nossos.

Na Alemanha, o duque Guilherme IV da Baviera leva a cabo a codificação das principais fontes normais do direito bávaro (*Reformacion*, 1518) e reúne a legislação ducal em matéria administrativa e económica (*Büch der gemeinen Landpot-Landsordnung*, 1520).

Em Portugal, por fim, a compilação da legislação é realizada em 1446-1447 (*Ordenações Afonsinas*), retomada em 1512-1514 (*Ordenações Manuelinas*) e em 1603 (*Ordenações Filipinas*). Ao passo que os forais são objecto de uma reforma a partir de 1497.⁸¹

Esta nova realidade normativa e seu contexto de transição far-se-iam notar no modelo discursivo jurídico, que agora veria seu tradicional objeto e seu método de trabalho (a recepção prática do texto justiniano levada a cabo pelos comentadores) serem substituídos por outro modelo.⁸² Essa alteração se explica pelo novo papel assumido pelos direitos próprios, elevados ao patamar de direito primário, como pela própria relegação do direito romano à condição de direito secundário. Todos os esforços no sentido de uma interpretação do *Corpus Iuris*, antes justificável em decorrência da necessidade de sua modernização e adequação, agora deixariam de ter sentido em face das novas disposições implementadas pelos direitos locais. Todo o respeito ao direito romano foi posto de lado na medida em que os direitos próprios cada vez mais se distanciavam do paradigma dos textos do justiniano.

Por essas razões, o enfoque dado ao direito romano assume três orientações: a primeira, conhecida como *mos gallicus* ou *Escola culta, humanista ou elegante*, vem encarar o direito romano-justiniano pautado pelo interesse histórico-filológico, todavia lhe negando o caráter de direito vigente, ao passo que procura libertá-lo das sucessivas interpretações atualizadoras, de modo a resgatar a sua pureza original; a segunda, manifestando-se principalmente na Alemanha, em função de peculiares circunstâncias históricas, e denominada *usus modernus Pandectarum*, preconizou a utilização, o quanto possível, dos conceitos da Escola dos comentadores e a sua adequação à nova realidade normativa que se vivenciava; e por fim, a terceira, intitulada de “*Bartolismo tardio*” ou “praxística”, e que preponderou nas penínsulas Itálica e Ibérica, bem como no sul da França (*pays du droit écrit*), onde o direito civil quase que exclusivamente de base romanista,

⁸¹ HESPANHA, Antonio Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 246-247.

⁸² Como bem observa Menezes Cordeiro, “A ciência do Direito européia, firmada pelos pós-glosadores e assente na recepção prática, chegara a um beco sem saída” (in MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 189).

manteve o saber jurídico dos Comentadores, sem no entanto desenvolvê-lo, fazendo ainda girar o seu instrumental científico.⁸³ É necessário destacar, ainda que sucintamente, a importância das duas primeiras correntes quanto aos modelos de discurso e ensino jurídicos que impuseram.

1.2.2 O mos galicus iura docendi

Sob essa designação (*mos gallicus iura docendi*, ou “modo francês de ensinar o direito”) são agrupados os estudiosos do direito e os juristas⁸⁴ que, no século XVI, sobretudo na França, por considerarem esgotada a metodologia dos Comentadores, propõem-se a reformá-la visando o resgate da pureza dos textos jurídicos da Antiguidade. Como bem analisa Hespanha:

Este movimento de renovação está ligado ao ambiente cultural, filosófico, jurídico e social dos primórdios da Europa moderna. No plano cultural, ele é tributário da paixão pela Antiguidade Clássica típica do Renascimento (séculos XV-XVI); o que levava a uma crítica contundente da literatura jurídica tradicional, estilisticamente impura e grosseira, filologicamente ingênua e ignorante do enquadramento histórico dos textos com que lidava.

No plano filosófico, o humanismo jurídico arranca da oposição entre escolástica medieval, submissa ao valor das autoridades mas igualmente atenta à realidade (neste sentido, realista) e o neoplatonismo renascentista, crente no poder livre e ilimitado da razão e atraído pelas formas ideais puras. Daí os seus traços principais: anti-tradicionalismo, crítica das autoridades, racionalismo, academicismo.⁸⁵

A purificação proposta pelos juristas da Escola culta foi propiciada pela ascensão dos direitos nacionais ao patamar de fonte primária de direito, uma vez que o direito romano, ao perder lugar de destaque, mas ainda servindo de subsídio, passou a ser encarado pelo viés antiquarista, histórico-literário e teórico.⁸⁶ No plano social, a crítica humanista ao discurso jurídico dos Comentadores irá recair em seus

⁸³ HESPANHA, Antonio Manoel. Op. cit., p. 249-250.

⁸⁴ Destacam-se os juristas Jacques Cujas (*Cujacius*, 1532-1590), François Hotman (1524-1590) e Hugo Doneau (*Donellus*, 1527-1559).

⁸⁵ Ibidem, p. 255.

⁸⁶ Ibidem, p. 256.

próprios seguidores, considerados pedantes, herméticos e formalistas, o que não mais condizia com a nova tendência para a popularização (*populariter*) das discussões dos problemas jurídicos.⁸⁷

Enfim, a partir da Escola culta, refletindo o humanismo na seara jurídica, irá propor ainda outras importantes orientações, conforme arrolado por Hespanha: a) uma depuração histórico-filológica dos textos jurídicos romanos, que os libertasse das interpretações tardo medievais realizadas pelos Glosadores e pelos Comentadores, na busca pela já citada purificação das fontes e dos textos romanísticos; b) uma tentativa de *construção sistemática do direito*, inspirada pela filosofia platônica e procurando a restauração de uma lendária obra de Cícero, *De iure civili in artem redigendo*, em que o consagrado jurista teria exposto o direito romano sob forma sistemática; c) uma reforma do ensino jurídico, que frisasse a importância do texto legal e que não se reportasse fundamentalmente aos comentários feitos sobre ele, e que *enaltecesse o espírito sintético e sistematizador (compendiário)* do jurista; d) uma atenção nova a um direito natural fundado na razão e de *cunho sistemático*, redutível a alguns poucos princípios racionais basilares, como *v.g.*, o *neminem laedere* (não prejudicar a ninguém) e *pacta sunt servanda* (aquilo que for pactuado deve ser observado).⁸⁸

1.2.3 O usus modernus Pandectarum

Referiu-se que o humanismo jurídico, privilegiado pela ascensão dos direitos nacionais em relação do direito comum, relegado ao plano secundário, fez com que a aplicação prática do direito romano fosse colocada cada vez mais em questão, face às profundas transformações ocasionadas tanto pelo movimento de centralização do poder nas mãos do Estado, desde o século XIII, quanto pelo fenômeno que se constituiu o Renascimento. Essa renovação, no que concerne ao âmbito do direito, teve força principalmente na França, em razão da própria desenvoltura do *mos gallicus irua docendi*, que traduziu com excelência o modo de

⁸⁷ Ibidem, p. 254 e 256.

⁸⁸ Ibidem, p. 256-258.

pensar humanista e seus efeitos na disciplina e no objeto jurídicos. No entanto, em outras regiões da Europa, como na Península Ibérica e na Alemanha, onde o direito nacional não era suficientemente rico e vivaz para regular a generalidade das questões, e onde os próprios efeitos do *mos gallicus* não se faziam notar com grande intensidade, em razão da conservação dos pilares comentaristas (praxísticos) do modo de produzir o direito, “o impacto da mensagem humanista não pôde ser tão radical”.⁸⁹

Isso não significa, pondere-se, que o humanismo jurídico não germinou nestas outras regiões do continente europeu. Notadamente na Alemanha, a crítica advinda do humanismo jurídico também irá recair sobre a recepção do direito romano, que terá sua vigência global e preferencial posta em causa a partir da contestação de seu fundamento de validade, que, neste país, diversamente de outros, constituiu-se, lembre-se, na doutrina da *translatio imperii* (transmissão do poder imperial de Roma), ou seja, na idéia de que o direito justinianeu vigoraria em virtude dos imperadores alemães serem os sucessores dos imperadores romanos.

Assim, os juristas alemães, começando por Hermann Conring (1606-1681), vão sobrepor a esta “recepção teórica” do direito romano uma “recepção prática”, de caráter pontual, cujo fundamento de validade constituísse na aplicação do direito justinianeu pelos tribunais, limitada aos casos que demandassem o reconhecimento e a adequação dos princípios e das regras romanísticas.⁹⁰ Esse novo entendimento sobre a relação dos alemães com o direito romano se convencionou chamar de *usus modernus Pandectarum* (ou prática atualizada do direito romano), e teve sua contextualização muito bem alinhavada por Wieacker:

O *usus modernus* constituiu uma época da ciência do direito também no resto da Europa. A re-fundamentação por Conring da validade do *ius commune* é apenas um acontecimento padrão de outros do mesmo sentido em outros países europeus em que o humanismo jurídico e o *mos gallicus* não se tinham conseguido impor ao *mos italicus*, com exceção da França e da Holanda, onde a elegância humanista e sistemática se equilibrava com o pragmatismo da prática. No entanto, mesmo aqui, mas sobretudo nos Estados territoriais da Itália, na Espanha e no sul dos Países Baixos, a ascensão do absolutismo, com sua actividade legiferante cada vez mais intensa, e a constituição duma burocracia jurídica, promoveram a diferenciação territorial e nacional do direito comum europeu e

⁸⁹ Ibidem, 259.

⁹⁰ Ibidem.

deram um cunho muito mais particular e específico às ordens jurídicas regionais.⁹¹

Porém, como ressalva Hespanha, na mesma linha, essa orientação de que o direito romano deveria ser compatibilizado com o direito comum dos reinos também, como verdadeira tendência, manifestou-se em outros países da Europa, citando como exemplo, da mesma forma que Wieacker, os Estados italianos, onde, assim como na Alemanha, “a idéia de que o direito da coroa, seja ele a legislação real, seja o conjunto de decisões dos altos tribunais palatinos, é o novo ‘direito comum’ e que o direito romano só tem vigência como direito recebido pelo príncipe”.⁹²

⁹¹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 228.

⁹² HESPANHA, Antonio Manoel. Op. cit., p. 260.

2 O JURACIONALISMO: SISTEMA COMO METODOLOGIA

“A jurisprudência elegante lançou a primeira sistemática. Contra ela jogou, no entanto, o peso de uma tópica secular e, sobretudo, a ausência de um discurso teórico que, no concreto, guiasse justificadamente a elaboração de um verdadeiro sistema de Direito. Requeria-se, no fundo, uma forma diferente de raciocínio que, em definitivo, radicasse o pensamento sistemático no Direito privado. A alternativa adveio da contribuição extrajurídica fundamental de DESCARTES” (Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 217).

O jusnaturalismo racionalista (jusracionalismo) é conceituado como sendo a fórmula metodológica adotada pelo humanismo ao resgatar os princípios do *direito natural*, arraigado na cultura ocidental desde a Antigüidade, havido como inerente à existência humana e à sociedade, e pautado fundamentalmente pela *razão*. Sob o primado da racionalidade, o direito jusracionalista não procurou legitimar sua vigência atemporal em virtude de sua perfeição técnica, mas sim em função da própria *razão*, da qual se originava, independentemente do fato de a positivação de suas regras advir da formulação estatal, expressada em um *sistema de direito positivo*.⁹³

A época do jusracionalismo vai do século XVII ao século XVIII, período que restou marcado pela influência direta da antiga filosófica jurídica e social do ocidente (jusnaturalismo) sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa Ocidental. Aqui, tem-se a filosofia finalmente se libertando da teologia, pretendendo se tornar a teoria do direito por excelência e buscando uma definitiva ruptura com o modelo aristotélico-escolástico que caracterizou o discurso jurídico medieval, que tinha o texto justinianeus como fundamento de validade.

O jusracionalismo determinou profundas alterações nos conceitos de direito e de lei, sendo que, no âmbito do direito público, lançou as bases da teoria constitucional como fundamento do poder político do Estado, bem como dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.⁹⁴ Na mesma esteira, no campo do direito privado, o jusracionalismo imprimiu a supremacia da razão, dando azo a uma nova *construção sistemática do direito*.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 137.

⁹⁴ Ibidem.

Porém, é fundamental destacar que a referência e a caracterização do direito natural, nesse período, obriga uma colocação histórica, de forma a situar o direito natural do racionalismo na linha evolutiva jusnaturalista. É que a idéia de um direito natural foi colocada, primeiramente, pelos filósofos gregos, sendo que, na sua essência, jazia a idéia de que havia um direito que derivaria da própria natureza humana, a qual era entendida de modo ideal, ou seja, como uma natureza racional (*logos, ratio*). A esse respeito, aduz Menezes Cordeiro:

O direito natural expressaria, então, uma ordem lógica, com princípios concatenados, perpetuamente válidos. Pode, também, ser entendida de forma puramente existencial – uma natureza dominada por actos pré-racionais, por instintos ou pelo sentimento: o Direito natural formalizaria, nessa altura, decisões condicionadas por cada situação concreta, reportando-se a actos de afirmação existencial.⁹⁵

O jusnaturalismo terá suas bases mantidas com o passar do tempo, sendo tema das obras de Sócrates, Platão, Aristóteles, e posteriormente tratado por Tomás de Aquino (1225-1274) e pelos franciscanos Duns Scott (1265-1308) e Guilherme de Ockam (1285-1347). Contudo, no racionalismo da Era Moderna, o jusnaturalismo adquire, como bem ressalta Martins-Costa, citando Menezes Cordeiro, “contornos específicos na medida em que, nessa cultura, as suas diretivas ‘assumiram, directamente, um papel político-social’, ao contrário do que ocorrera anteriormente”.⁹⁶

Assim, o simples fato de o direito natural ser compreendido, pois, como um sistema fechado de verdades e de certezas emanadas da razão humana, é que possibilitou, a partir de seu resgate e de seus novos contornos dados pelo juracionalismo, situar o direito como um sistema que se originasse de regras ou de princípios gerais, aceitos e validados em sua inerente *racionalidade*. O jusnaturalismo moderno, ao estabelecer a razão como pressuposto de validade do direito, põe em foco o ser humano, como sujeito de direitos (direitos subjetivos, portanto), acentuando o individualismo, fazendo do indivíduo “a mais alta forma de ser”.⁹⁷ O direito natural, porque fundado na razão, prescreve, portanto, a superioridade dos *entia moralia* (pessoas naturais) sobre os *entia physica* (demais

⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 206.

⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 205, apud MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 137.

⁹⁷ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 285, nota 9, apud MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 139.

elementos da natureza): enquanto estes são puramente naturais, aqueles, os seres morais, possuem, além do “instinto da natureza”,⁹⁸ “as luzes do entendimento e as determinações da vontade”.⁹⁹ Como direitos e deveres são correlatos, e como não há “privilégio sem preço”,¹⁰⁰ as ações dos seres morais são suscetíveis de imputação, isto é, implicam a responsabilidade de seus autores.¹⁰¹

Inicia-se, aqui, a célebre dicotomia entre direito objetivo (*ius est norma agendi*) e direito subjetivo (*ius est facultas agendi*), porquanto *ius* assumirá as duas conotações, em definitiva superação ao conceito romano de *ius*, como sendo aquilo que é de cada um (*ius suum cuique tribuere*, “direito é aquilo que é devido a cada um”, como dissera Ulpiano) ou ao conceito greco-romano de *ius* como virtude, arte ou técnica (*ius est ars boni et aequae*, “o direito é a arte boa e eqüitativa”, como definido por Celso). Nesse toar, Martins-Costa arremata:

[...] *ius* será, ao mesmo tempo, direito objetivo (isto é, comando jurídico, lei) e direito subjetivo (faculdade ou poder moral de agir que nasce do fato de ser indivíduo).

Essa ambigüidade será exaustivamente trabalhada de modo a fazer emergir progressivamente a *tendência à subjetivação*, em paralelo, todavia, a uma espécie de legalismo (facilitado por uma das condições devidas à ambigüidade do termo), o qual se fundará no modelo de *racionalidade dedutiva* moldado pelo jusracionalismo como aquele próprio à ciência jurídica. Esse terá o efeito de permitir a *ordenação das leis em um sistema de regras* que acabará unificando e sintetizando as duas vertentes.¹⁰²

Para tanto, essa nova concepção de direito trará efeitos no próprio conceito de lei, na qual repousará o fundamento e o limite de toda a ação do soberano, que aqui ainda se confundia com o Estado. Mister frisar que o período do jusracionalismo coincide com a afirmação do poder absolutista monárquico na Europa, libertando-se o poder soberano da antiga ordem feudal, marcada pelas jurisdições infra-estatais (o *ius proprium* reinícola). Sobrepujada essa velha ordem, formada por diversos centros de poder que acarretavam, por via de consequência, uma multiplicidade de fontes e de produção normativa, concentra-se o poder nas mãos do Estado (do soberano), que o centraliza e se faz centralizador.

⁹⁸ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 61-62.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 140. Grifos da autora.

É que, a um só tempo, o Estado se “absolutiza” e é “absoluto”, *intendendo unificar* as fontes de produção jurídica, concentrando-as na lei, com o que será concebida “como expressão da *vontade do soberano* – e no ordenamento jurídico estatal cuja expressão máxima é a vontade do príncipe. Ao absolutismo político corresponderá o absolutismo jurídico.”¹⁰³ Destarte, o direito identifica-se com a lei, que passa a ser havida como revelação ou expressão legítima da vontade superior do soberano.

2.1 O JURACIONALISMO E A “SEGUNDA SISTEMÁTICA”

O juracionalismo, ao estabelecer novas premissas no sentido de inovar os padrões científicos e de conceber uma ciência liberta da tradição aristotélica-escolástica, vai se pautar em um modelo matemático de cientificidade, baseado na capacidade cognoscível da razão humana, com base principalmente na contribuição advinda do pensamento de René Descartes (1596-1650), que, quanto à forma de obtenção do conhecimento, alinhavou quatro regras, citadas por Menezes Cordeiro:

Da *evidência* – não ter por verdadeiro nada que não se saiba como tal – da *análise* – dividir as dificuldades em tantas parcelas quantas as necessárias para as resolver – da *síntese* – principiar pelo mais simples e avançar até ao mais complexo – e da *instrução formal* – proceder, no processo de conhecimento, a análises suficientes e a revisões bastantes para que nada se omita.¹⁰⁴

Veja-se que a doutrina cartesiana irá se alicerçar fundamentalmente no pressuposto da superioridade do pensamento *unitário*, que, partindo de uma base fundada em certezas demonstráveis pela razão, seja conduzido por um só critério.¹⁰⁵ No âmbito das ciências humanas, a aplicação dos ideais de Descartes será

¹⁰³ Ibidem, p. 141.

¹⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 217-219.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 218, grifos do autor. Menezes Cordeiro refere exemplificações citadas por Descartes no seu *Discours de la Methode*, como a das cidades que, construídas aos poucos por pessoas diferentes, têm um aspecto desordenado; com a fortuna de Esparta, cujas leis, apesar de más, eram eficazes por terem sido dadas por uma só pessoa, com um objeto claro; e com a ciência dos livros, que tendo sido compostos e acrescentados com opiniões de pessoas diversas, acabaram por ficar longe da verdade, ao contrário dos raciocínios simples que um homem de bom senso, apreciando as coisas que se apresentem, pode realizar.

propiciada por Thomas Hobbes (1588-1679), que irá lançar as bases de uma nova sistemática, orientada justamente pelo rigorismo científico emprestado tanto pela idéia de movimento cartesiana como pelo mecanicismo de Galileu Galilei (1564-1642).

Com Hobbes, as leis civis são explicadas como se emergissem de movimentos cujos pressupostos mecânicos (como sói ocorrer na física) são dados *a priori*,¹⁰⁶ já que derivam da *razão humana*. Nesse sentido, anota Martins-Costa que, no campo do direito privado, o jusracionalismo, ao imprimir um novo paradigma científico e metodológico, “pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com ‘os princípios superiores da razão’, assim preparando o caminho para uma sistemática autônoma”,¹⁰⁷ porque independente de outros critérios, fatos ou valores que não os compreendidos dentro do sistema.

2.1.1 O *mos geometricus* como metodologia da segunda sistemática

O modelo de expressão do jusracionalismo consistirá no *modelo das ciências matemáticas*, que irá emprestar à ciência jurídica, como que a quase todas as demais ciências, um padrão de racionalidade dedutiva diretamente inspirada na geometria euclidiana. Esse modelo irá alinhar os traços da *noção moderna de sistema*. Como já asseverado, com o advento do humanismo, e também inspirado pela filosofia iluminista, o exercício da crítica por meio da razão irá fazer com que se rompa o modelo do saber típico do pensar aristotélico-escolástico, que predominou na Idade Média e que influenciou o raciocínio jurídico, desde a Antigüidade. Ao contrário do que se verificara ao longo da Idade Média, quando o critério da *ratio* se via atrelado ao da *auctoritas*, estas se constituindo as duas principais coordenadas da filosofia escolástica, na Idade Moderna, a razão humana, notadamente crítica, vai estabelecer um novo paradigma no que tange ao processo de aquisição do conhecimento e à relação do sujeito cognoscente com o cognoscível.

A partir de então, no que concerne ao conhecimento, rigorosas serão as novas exigências, visto que agora, o conhecimento verdadeiro será aquele

¹⁰⁶ Ibidem, p. 218-219.

demonstrável por meio de um modelo exato, construído *more geometrico*, ou seja, aritmético, geométrico, servindo como *critério de cientificidade*:¹⁰⁸ definição de toda a ordem e da razão humana; prevalência da *certeza* sobre aquilo que é tido como sendo *verdade*; *certeza* construída com base na *razão humana*, conduzindo o saber a um *sistema de afirmações unívocas*.¹⁰⁹ O então só será admitido como tal se libertado for dos pressupostos das leis morais dos homens e da sociedade, com o que é superado o modelo renovador do humanismo de transição da baixa Idade-Média, tributário das irracionalidades do passado. Wieacker analisa brilhantemente essa revolução:

Estas exigências surgiram em primeiro lugar das ciências exatas e naturais, nas quais se executava agora o plano de trabalho da escolástica tardia, do séc. XIV, durante muito tempo paralisado pelas convulsões políticas e metodológicas. O fundador da nova imagem fiscalista do mundo é Galileu Galilei (*Discorsi*, 1638); quanto ao conhecimento global do mundo externo (do «mundo extenso») formulou-o na mesma época Descartes (*Discours de la méthode de raisonner*, 1637). Sem estes dois vultos, a fase lógico-sistemática do juracionalismo não se teria tornado possível. Descartes, em especial, consumou a matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, ao tornar sistematizável, através da redução à dimensão sujeito-objeto do Eu pensante e do mundo objectivo extenso, a descrição da imagem do mundo. Do ponto de vista metodológico, a construção sistemática da experiência científica apenas se consumou através do estrito raciocínio dedutivo que, progredindo a partir dos axiomas, se justificou e orientou constantemente pela observação empírica (da natureza externa, da sociedade humana, da alma humana).Mostrar-se-á como o dualismo entre axioma e experiência (*observatio*), entre método analítico e «sistemático» de Descartes e o «compositório» e «resolutivo» de Galileu, dominou também o sistema do juracionalismo. Este dualismo surgiu do facto de que o material da observação nas ciências naturais não continua a ser constituído pela realidade total da natureza, mas pela natureza criada pela experimentação e por ela tornada mensurável e quantitativa.¹¹⁰

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 137.

¹⁰⁸ Refere Menezes Cordeiro que “Na base do jusnaturalismo moderno, pode apontar-se: a secularização, a politização, a preocupação da eficácia, *superando mas acompanhando a da universalidade e a adopção metodológica de um racionalismo cartesiano*” (in MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., 210). Grifos nossos.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 134.

¹¹⁰ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 285. E completa: “De facto, a redução a relações que podem ser expressas em números constitui a condição de formulação de leis validades em geral, uma vez que a medida permite a comparação de acontecimentos que se repetem inalteradamente (o que não é possível, segundo a célebre observação de Leibniz, nos acontecimentos históricos e biológicos). A experimentação sobre essa natureza visa a averiguação de leis naturais de tipo particular, a partir das quais se possam deduzir leis mais gerais e, finalmente, axiomas. É através deste progredir em direção a formulações cada vez mais gerais que se formam os sistemas fechados desta época – a imagem fiscalista da natureza de Newton (*Philosophia naturalis principia mathematica*, 1687), a

Afora a contribuição advinda desses dois expoentes da ciência moderna, o modelo matemático também será adotado por outros pensadores, como Thomas Hobbes (*Pequeno tratado sobre os primeiros princípios*, 1631, e *Elementos da lei natural e política*, 1650), Benedito de Espinosa (*Ethica more geometrico demonstrata*, 1677), Gottfried Wilhelm Leibniz (*Nouveaux essais sur l'entendement humain*, 1704) e, no campo da física, também Isaac Newton (*Philosophia naturalis principia mathematica*, 1687). No que importa à ciência jurídica, essa transformação fará com que os conceitos jurídicos não sejam mais tratados como tópicos ou como cânones hermenêuticos para a harmonização de textos jurídicos contraditórios ou obscuros, com o que o método de raciocínio jurídico abandonará as técnicas interpretativas escolásticas das *quaestiones* e das *disputatios*, impondo um novo perfil metodológico.¹¹¹

Este novo perfil metodológico se pautou pela precisão aritmética de suas premissas, cada vez mais gerais e passíveis de redução a verdades intangíveis, ou *axiomas*, que não requerem demonstração empírica, justamente porque baseadas na "ordem da razão", assim como são os princípios inatos da matemática ou da geometria, dos quais se seguem proposições secundárias, encadeadas unitária e ordenadamente.¹¹² Por conseguinte, faz-se necessário um sistema centralizado, haja vista que "a ordenação não se consegue com base em conexões estabelecidas entre elementos periféricos pré-sistemáticos; ela desenvolve-se, antes, unitária e metódica, de uns quantos princípios firmados com vista ao sistema".¹¹³ Por isso que essa nova sistemática, considerada como sendo a "segunda sistemática", no dizer de Menezes Cordeiro, "é centralizada, por oposição à periférica" (referindo-se a primeira sistemática, desenvolvida pela jurisprudência elegante).¹¹⁴

A racionalidade do sistema proposto pela *segunda sistemática* é a racionalidade das ciências exatas, e sua novidade e originalidade, no campo do direito, é o método pelo qual organiza metodologicamente os problemas jurídicos, pressupondo que suas soluções *devem e podem* ser demonstradas a partir de uma proposição jurídica verdadeira, firmada a partir de outras proposições jurídicas mais

Ethica more geometrico demonstrata de Espinosa e, com uma importância não menor, os sistemas juracionaistas" (p. 285-287).

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 142.

¹¹² Ibidem, p. 144.

¹¹³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 219.

¹¹⁴ Ibidem.

gerais, já conhecidas. Esse raciocínio diferiu completamente do entendimento da época, segundo o qual as respostas às questões dúbias deveriam ser alcançadas na prática do caso concreto. A esse respeito, Martins-Costa, citando o pensamento sistemático do filósofo G. W. Leibniz, aduz:

Existem proposições primeiras, com caráter auto-fundante, as “verdades necessárias” que são “inertes”, as quais, todavia, podemos descobrir “à força da atenção”. O seu descobrimento parte dos princípios internos ou “inatos” e as relações entre esses e os casos particulares – aqueles que provêm dos exemplos – formam um *sistema racional e internamente articulado*, na medida em que os diversos elementos particulares se vinculam entre si com base na razão, “pois só a razão é capaz de estabelecer regras seguras e de suprir o que falta nas regras que não são seguras, inserindo as suas exceções, [e] só a razão é capaz de encontrar finalmente as conexões certas na força das conseqüências necessárias”.¹¹⁵

A operabilidade desse método de raciocínio lógico-dedutivo, seguindo os ditames da matemática, em que o direito funciona como um sistema de definições certas e de proposições que se articulam internamente, ligando sujeitos a predicados, e em que proposições são verdadeiras porque demonstráveis pelo raciocínio, como sói ocorrer na geometria, e com base nas quais pode-se alcançar outras proposições igualmente verdadeiras, incluídas no sistema jurídico, possibilitou a concepção de *sistema fechado* ou *sistema imanente*, ainda que no plano intelectual.

Essa concepção foi idealizada já no final do século XVII, estribada principalmente na contribuição do pensamento filosófico de Leibniz, que, pouco mais de cem anos antes da primeira codificação moderna (o *Code* francês, de 1804), propôs um *código*, isto é, “um conjunto de leis a partir das quais cada um compreenderá facilmente seu dever em todos os negócios e onde não se poderá reclamar de não haver cumprido por ignorância ou de ter sido abusivo pela subtileza do direito”, de modo a evitar “recobertos de trevas de tal sorte que raramente uma causa de alguma importância é tratada sem que, mesmo entre os especialistas, nasçam controvérsias extremamente embaraçantes”.¹¹⁶

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 148-149. Grifos da autora.

¹¹⁶ G. W. Leibniz, De la justice et du nouveau code, [1678?], in *Trois textes sur le droit et la codification*, transcrito por René Sève, APD, Paris, 1986, v. 31, p. 360, apud MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 151.

Ainda que a codificação não se tenha concretizado nessa época, a contribuição de Leibniz para o desenvolvimento do sistema axiomático, derivado da *segunda sistemática*, restou marcante, fazendo com que esta noção ficasse muito bem delineada. Não obstante, Christian Wolff (1679-1754) e Samuel Puffendorf (1632-1694), seguidores do filósofo de Leipzig, manterão aceso o pensamento de seu mestre e serão decisivos no movimento codificatório oitocentista, que irá estabelecer e concretizar o sistema fechado.

2.2 A “ERA DAS CODIFICAÇÕES” E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

O processo codificatório, na Europa, foi antecedido pela atmosfera filosófica do racionalismo, cujos efeitos, no campo do direito, resultaram no estabelecimento de um novo paradigma metodológico, manifestado na segunda sistemática. Contudo, afora a influência jusracionalista, também concorreu para essa mudança o movimento iluminista, com todas as suas facetas, sejam elas filosóficas, políticas e até mesmo morais. Como refere Wieacker, o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do iluminismo, citando como exemplos maiores Galileu Galilei e Descartes,¹¹⁷ e em razão de sua ação, já que o iluminismo justificou, pelo jusnaturalismo moderno, suas exigências humanitárias, como v.g., a abolição das penas corporais.¹¹⁸

Por esta conexão, tanto o jusracionalismo quanto o iluminismo influenciaram o processo de codificações que se iniciou a partir da Europa central (Prússia, Áustria e França), e que se estendeu, paulatinamente, por toda a Europa Ocidental. É certo que tal processo foi impulsionado pela Grande Revolução, de inspiração iluminista, porquanto a idéia de uma reordenação sistemática da matéria jurídica tinha como pressuposto fundamental a convicção de que só com o direito natural, baseado em preceitos ético-naturais, alcançar-se-ia o tão sonhado objetivo da normatização da sociedade a partir de critérios de um direito justo do ponto de vista material.¹¹⁹

¹¹⁷ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 354.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

Tratando da importância crucial que teve a Revolução Francesa nas codificações europeias, Norberto Bobbio assinala:

Como a exigência da codificação nasceu de uma concepção francamente iluminista, como demonstra o mote *sapere aude* citado por Thibaut, também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a idéia de codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as idéias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa”. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política.¹²⁰

Porém, outros tantos fatores podem ser apontados como preponderantes no processo codificatório, a saber: o já citado posicionamento crítico-relativista do humanismo jurídico para com a validade dos textos justinianeus, e toda a sua implicação na seara discursiva do direito; a ascensão política e econômica da burguesia, bem como a sua pretensão no sentido de resguardar seus interesses e valores; uma busca cada vez maior por segurança e certeza jurídicas, que talvez só um código concebido a partir de um sistema fechado e completo pudesse tornar concretas, e, por fim, todas as demais circunstâncias históricas que envolveram a derrocada do *Ancien Régime*.

A esse respeito, Judith Martins-Costa traça um panorama das condições históricas experimentadas pela Europa às vésperas das codificações:

No século XVIII, a Europa vivia um clima propício à necessidade de segurança jurídica. Na França desse período, as estruturas sociais e econômicas estavam em evolução extremamente rápida, mas não ocorrera, ainda, a passagem do tipo “antigo” ao futuro tipo de sociedade burguesa. Esta só se instaurará definitivamente no século XIX, por volta de 1815, aproximadamente, quando, encerradas as guerras napoleônicas, começam a ser enfrentados os problemas do estabelecimento e da preservação da paz – uma paz que será frágil e pouco duradoura.¹²¹

Com efeito, em tal período a situação sócio-política era demasiadamente precária a permitir a sobrevivência das estruturas anteriores, inclusive das estruturas jurídicas, que já não se mostravam compatíveis com os interesses da classe social

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo, Ícone, 1995.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 179.

que ascendia econômica e politicamente. No dizer de Martins-Costa, a burguesia “havia conquistado um peso determinante na economia e na cultura, mas a organização do Estado e as instituições seguiam refletindo os interesses e as concepções da nobreza e do alto clero”.¹²²

Por conseguinte, verifica-se que o processo codificatório, como todo o processo histórico, não se deu por uma única contingência isolada, de modo inteiramente linear ou instantâneo; em verdade, suas origens, além de se revelarem diversas, remontam a outro processo, iniciado tantos séculos antes, qual seja, o próprio processo de *unificação das fontes de direito*. Dito isto, faz-se mister trazer à baila a importante ponderação de Martins-Costa, ao tratar das especificidades das vicissitudes que concorreram para a codificação, resgatando o contributo especial da Revolução Francesa:

A codificação significa, pois, uma operação política: ‘Uma enorme operação de política de direito; melhor dito, a mais colossal operação de política de direito em todo o arco da história jurídica ocidental’. Contudo, atestaria a-historicidade conjecturar que esta colossal operação do direito encontrou raízes apenas na Revolução: o pensamento não se forma autonomamente, nem mesmo o pensamento revolucionário. Se for admissível, na história, a ocorrência de ‘antecipações’, a explicação da passagem do nível teórico ao nível prático deve ser buscada também entre as influências que foram marcantes no interior do nível teórico. Nesse caso, a passagem do nível teórico ao nível concreto foi, incontestavelmente, operada pela Revolução, a qual realizará a etapa final de todo um projeto na qual se fará a junção entre a teoria e a prática.¹²³

Realmente, as codificações jusracionalistas ocorridas na Europa central surgiram como atos de transformação revolucionária, todavia observando Wieacker que “acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles [atos] 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”.¹²⁴ Se na França vivia-se um clima revolucionário, pelas razões já apontadas, consistindo a codificação um pré-projeto normativo a possibilitar a sustentação de uma nova estrutura social, com vistas a um “futuro melhor”,¹²⁵

¹²² Ibidem, p. 180-181.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 173.

¹²⁴ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 367.

¹²⁵ Ibidem.

diversa era a situação nos Estados territoriais germânicos (cujo maior exemplo foi a Baviera), assim como na Prússia e na Áustria.¹²⁶

De qualquer modo, a onda codificatória representou, nos dois lados do Reno, a confiança na moral e na ética racionalistas, fazendo com que a atenção da opinião pública e dos soberanos se voltassem para a questão da reforma jurídico-legislativa, que, como acentuado por Wieacker, não foi levada a cabo tão-somente pelos detentores da “tradição especializada” (professores de direito ou colégio de juízes), como sempre ocorrera, mas sim por “gente de confiança dos soberanos, com formação filosófica e política”.¹²⁷ Quanto à participação do público em geral na dita reforma, tal se deve à expectativa da elaboração de um direito justo para todos, estribado principalmente no ideal iluminista e jusracionalista de igualdade. O mesmo autor ainda destaca:

Assim como a crença adquirida na época jusracionalista de que a aposta na razão livre haveria de trazer a verdade à luz do dia, gerou, no séc. XVIII, concursos de academias e sociedades acerca das questões fundamentais do conhecimento e da civilização humanos [...], também o legislador iluminista encorajou através de inquéritos e consultas públicas – na Prússia mesmo através de concursos – os funcionários, as Faculdades, as ordens [*Stände*] e mesmo os cidadãos individuais à manifestação de suas opiniões. [...] Esta participação do público fez dos códigos – pela primeira vez desde a recepção do direito romano (e também, portanto, nos estados absolutos e não só nas democracias da Europa ocidental) – patrimônio geral das nações e dos cidadãos individuais.¹²⁸

Nesse contexto histórico é que surgiram os três primeiros códigos civis jusracionalistas de vulto:¹²⁹ o Código prussiano (*Preußisches Allgemeines Landrecht, ALR*), o Código Civil austríaco (*Österreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB*) e o Código Civil francês (*Code Civil des Français*, ou simplesmente *Code Napoléon*). Gize-se que diferenças de ordem formal e material separam os dois primeiros do terceiro,¹³⁰ afora as circunstâncias históricas

¹²⁶ Conforme anota Almeida Costa, “Mas logo se segue uma diferença. Em determinados países as codificações surgiram com o patrocínio do Despotismo Esclarecido, ao passo que noutros foram uma consequência da difusão das idéias da Revolução Francesa, no quadro das quais o princípio da divisão de poderes tinha enorme relevo” (in ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., p. 421).

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem, p. 368-369.

¹²⁹ HESPANHA, Antonio Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 331.

¹³⁰ Para uma análise aprofundada das diferenças globais existentes entre essas codificações, consultar WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 365 et seq.

vivenciadas por cada um dos países de origem (seja por uma realidade de despotismo esclarecido, seja por uma realidade revolucionária, bem como o brilho e o peso da grandeza da figura de Napoleão Bonaparte). Não obstante, as três codificações espelham a concepção de sistema fechado, como verdadeira expressão de uma cultura jurídica evoluída, e que esboçou os ideais iluministas e jusracionalistas de ordenação da sociedade humana.

Assim, pela crença iluminista e jusracionalista na possibilidade de se conceber um direito justo em absoluto é que os legisladores dessa época creram ser possível a regulação de todas as situações pensáveis por meio de uma lei auto-suficiente,¹³¹ firmada nos dogmas da completude e da plenitude lógica de um sistema fechado, caracterizado pela validade racional dos enunciados normativos que encerra (dispostos em um específico *corpus* – o *Código* –), buscando a exclusividade de sua vigência em um determinado âmbito territorial e excluindo a vigência de quaisquer normas jurídicas provindas de fontes outras.

2.2.1 Sistema fechado e codificação

A Era Moderna será inaugurada por um evento histórico de suma importância: a Revolução Francesa de 1789. Tal evento significou uma significativa ruptura com a ordem então vigente, o chamado *Ancien Régime*, que, no plano jurídico-político, caracterizou-se por um sistema particularista feudal há muito enraizado, cuja tendência era dar preponderância e força jurídicas a quem detinha o *status* da nobreza e do alto clero. Com a Grande Revolução (muito embora reconheça-se que a ruptura havida em decorrência de seu advento não se tenha verificado de forma total – por tal entendimento constituir-se “a negação da historicidade das formas sócio-culturais”¹³²), experimentou-se uma profunda alteração das bases políticas e jurídicas do Estado, consubstanciada principalmente na Declaração de Direitos e na

¹³¹ Nessa linha, Almeida Costa sublinha que “Em decorrência, a ordem jurídica surge como um todo onde se projecta o ideário reformista que passa a enformar as relações sociais. A tradição jurídica anterior ficava, portanto, definitivamente superada. Nenhum problema poderia resolver-se fora do espírito consubstanciado nos novos Códigos. Por outro lado, entendia-se que estes constituíam sistemas acabados que continham a disciplina da totalidade das relações sociais” (in ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., p. 421).

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 178.

Constituição francesa de 1791, que, em termos jurídicos, possibilitou a concretização plena do ideário jusracionalista no sentido de construir um direito forjado em princípios e em regras fundadas na razão, como reflexo de um direito natural racional.

Com a Declaração e com a nova Carta Política, esboçando o politicamente o espírito revolucionário e filosoficamente os ideais iluministas e jusracionalistas, positivou-se, de uma vez por todas, o reconhecimento jurídico dos indivíduos como destinatários indistintos das normas jurídicas, abstratamente considerados, emprestando-lhes o *status* de *sujeitos de direito*, vindo a plasmar-se formalmente o *princípio da igualdade*. Nesse processo de reconhecimento do indivíduo como referência do ordenamento jurídico, destinatário da lei, deu-se ênfase ao individualismo e à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos. Atribuiu-se aos sujeitos de direito, membros do Estado, uma *capacidade jurídica geral* (patrimonial, familiar, sucessória e obrigacional), abolindo-se, no exato dizer de Martins-Costa, “a sociedade particularista do Ancien Régime”.¹³³ Restaram eliminadas, também, as distinções de cunho religioso (estabelecendo-se, para tanto, a laicização do Estado), as diferenças de nascimento (consagrando o dito caráter formal de igualdade, elevada ao patamar constitucional) e as diferenças locais (porque se quis um direito de vigência nacional).¹³⁴ A esse respeito, Bobbio frisa que:

O princípio da codificação era, depois, diretamente consagrado na constituição (aprovada pela Assembléia constituinte) de 5 de setembro de 1791. No fim do Título I (intitulado *Disposições fundamentais garantidas pela Constituição* e colocado em seguida às declarações dos Direitos) é, com efeito, estabelecido: Será feito um código de leis civis comum a todo o reino.

O mesmo princípio está contido no art. 85 (intitulado *Da justiça civil*) da Constituição de 24 de junho de 1793 (a segunda das três principais Constituições da Revolução).¹³⁵

A partir dessa estruturação constitucional dos princípios basilares do direito, em ruptura com a ordem passada, tornou-se, então, objetivamente possível a concretização efetiva do sistema jurídico projetado pelo jusracionalismo. O sistema passa a tomar a roupagem de *lei*, cujas regras assumirão uma forma definida: a

¹³³ Ibidem, p.175

¹³⁴ Ibidem, p. 174.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 66.

forma de um código. Aqui, a noção de código remonta à noção de *codex*, que no passado significou uma compilação ou reunião de proposições jurídicas assistemática, desprovidas de ordem ou de unidade, como foi maior exemplo o próprio *Corpus Iuris Civilis*.

Embora as raízes terminológicas sejam as mesmas da do *codex*, o termo “Código”, na acepção moderna, tomou significado diverso, passando a traduzir um “peculiar tipo de norma, aquela postulada pelo jusracionalismo: lei autofundante, lei estatuinte do ordenamento, norma com caráter legislativo que pode fundar toda a extensão de uma determinada matéria jurídica”.¹³⁶ E foi esse exatamente o sentido que passou a ser denotado pelo *Code* francês, o precursor do modelo de lei civil codificada, e que tornou realidade a idéia de sistema no direito privado europeu, concebida séculos antes pelos pensadores e juristas jusracionalistas.

O código encerrou um sistema fechado porque se fez exclusivo e excludente, na medida em que externamente pressupôs, como condição de sua efetivação, o monopólio da regulação jurídica, passando a conter o *direito civil*, e afastando, por via de conseqüência, todo o direito existente fora de seus limites.¹³⁷ Internamente, pressupôs a sua auto-suficiência normativa, porquanto a concatenação material de suas regras não comportaria lacunas ou antinomias, estabelecendo os *dogmas da completude e da plenitude lógico-normativa*.

Desta forma, não haveria situação que não pudesse ser regulada pela *lei civil*, o que acabava por obrigar o operador do direito (leia-se o juiz), ao se deparar com determinada situação não prevista no Código, a dirimir a controvérsia trazia á sua apreciação, estando completamente excluída a possibilidade de abster-se de decidir ou de alegar o “juízo de *non liquet*”, argumentando que a lei não oferece a respectiva

¹³⁶ Ibidem, p. 176.

¹³⁷ Além do caráter excludente assumido pelo *Code*, subjazia uma motivação de fundo ideológico. Bobbio refere que os juristas da Revolução, apoiados no pensamento de Jean-Jacques Rousseau e dos iluministas em geral, se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas. Para os jusracionalistas, sendo a natureza das coisas simples e unitária, também o direito devia ser como tal, concebido com simplicidade, pois “a multiplicidade das leis é fruto de corrupção”. O autor transcreve um trecho da obra *Fragmentos das instituições republicanas*, do político revolucionário Louis de Saint-Just (1767-1794), em que afirma que “As longas leis são calamidades públicas. A monarquia se afogava nas leis; e visto que todas as paixões e as vontades dos senhores se tornavam leis, não havia mais entendimento. [...] São necessárias poucas leis. Onde elas são muitas, o povo é escravo... Aquele que dá ao povo demasiadas leis é um tirano (in BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 66).

regula decidendi.¹³⁸ Inclusive o famoso artigo 4º do *Code* era rígido com o julgador ao estabelecer que “O juiz que se recusar a julgar, sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser julgado como culpado por denegação de justiça”.¹³⁹

Desta forma, ao encerrar uma lei civil geral, una e abstrata, aplicável à generalidade dos membros do Estado, o código, a exemplo do *Code* francês, passa a simbolizar o conjunto unitário de regras de direito civil, provindas de uma só fonte, qual seja, da vontade legislativa, que se identifica com a vontade do Estado. Com o código excluem-se direitos emanados de outras fontes normativas que não a da lei civil, que por isso se faz geral, exclusiva e excludente. Por encerrar um sistema jurídico externa e internamente considerado, que se basta e que se desenvolve de forma auto-suficiente, fundado na segurança e na certeza advindas da razão e da lógica demonstrável seja pelo encadeamento dedutivo de suas proposições, seja pelas suas regras hierárquicas, o código não admite comportar lacunas ou antinomias, assim esboçando a pretensão de reger em absoluto a totalidade dos comportamentos humanos na esfera cível.

O modelo de código oitocentista conterà, pois, um sistema *fechado*, porque constituir-se-á na única e exclusiva fonte normativa, procurando firmar sua validade incontestada e universal, não admitindo outra ordem de valoração que não o do critério da legalidade, conferindo segurança e certeza às relações jurídicas, sendo essa a maior conquista da Revolução.

Contudo, embora o *Code* tenha sido tomado de exemplo para ilustrar a concretização do sistema fechado, necessário advertir que o processo codificatório tomará dois rumos distintos. Haverá dois paradigmas principais de codificação: o que resultará expresso no *Code* francês, de matriz iluminista e jusracionalista, e o que se amoldará pela pandectista alemã, consistente no *BGB*. Neste e naquele estará indubitavelmente presente, de qualquer modo, a idéia de sistema fechado, com todas as suas características, e ambos acabarão por sedimentar o formalismo positivista verificado ao longo dos séculos XIX e XX. Pela importância desses paradigmas, mister examiná-los mais detidamente.

¹³⁸ Ibidem, p. 74.

¹³⁹ Art. 4º: “Lê juge qui se refusera de juger, sous pretexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être pousuivi comme coupable de dení de justice”.

2.2.2 A codificação francesa e seu sistema

Como foi dito, a idéia da codificação nasceu da absoluta crença jusracionalista na lei. Particularmente na França, a deflagração da Revolução, orientada pela filosofia iluminista e impulsionada pelos interesses e ideais de uma classe social em franca ascensão, acarretou o estabelecimento das condições objetivas necessárias a ruptura com o *Ancien Regime*, substituindo o antigo particularismo feudal por um direito geral e nacional dos cidadãos franceses, baseado na razão. A desconformidade revolucionária com relação com o antigo regionalismo corporativo feudal materializou-se na previsão contida no fim do título I (intitulado “*Disposições fundamentais garantidas pela Constituição*”) da Constituição Revolucionária promulgada em 1791: “Será feito um código de leis civis comuns a todo o reino”.¹⁴⁰ A mesma exigência se fez presente no artigo 85 (intitulado “*Da justiça civil*”) da segunda Constituição Revolucionária de 1793: “O código de leis civis e criminais é uniforme para toda a república”.¹⁴¹

Com isso, além da satisfação de uma exigência que era latente, cuidou-se da questão da unificação do direito privado francês, que como cediço, dividia-se em duas zonas: a zona setentrional-oriental, onde prevalecia o *droit coutumier* (o direito costumeiro), e a zona central e meridional, onde predominava o *droit écrit* (o direito escrito). Como explica Wieacker, esse contraste, na França, era fruto das “diferentes relações das formações políticas franca e visigótica com o império romano”,¹⁴² sendo que os *coutumes* (costumes) se haviam originado do direito vulgar daquelas populações bárbaras que habitavam a região, ao passo que o direito escrito consistira na herança transmitida pelos povos que haviam sofrido influência direta da cultura e do direito de Roma.

No século XVI, durante o reinado de Francisco I, procedeu-se à redução por escrito (redação) de todos os *coutumes*, totalizando pouco mais de trezentos, alguns dos quais eram aplicados a toda uma província, outros a apenas uma região (*pays*),

¹⁴⁰ Ibidem, p.66.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 387.

e outros a uma só cidade (como são exemplo os *Coutumes de Paris*).¹⁴³ Todavia, essa unificação não determinou qualquer alteração na estrutura bipartida do direito privado francês. Por outro lado, mais tarde, no centro e ao sul do país, concentrar-se-iam os juristas letrados (a jurisprudência elegante), que, à luz do humanismo e das idéias da primeira sistemática, estabeleceram o *mos gallicus* e se incumbiram de reunir o direito comum, contribuindo também para o avanço dos fundamentos técnico-jurídicos que depois apareceriam no *Code*.

Por tais razões, a concretização do projeto de um código, ou seja, de uma lei civil única e válida para todos os cidadãos franceses, além de encontrar sua justificação nos planos ideológicos e filosóficos iluministas e jusracionalistas, também se mostrava necessária na medida em que a velha ordem particularista feudal, firmada na multiplicidade de fontes jurídicas, era fato gerador de insegurança à classe burguesa, então emergente. Clamava-se, pois, por um direito unitário e aplicável a todos indistintamente, e com vigência sobre todo o território nacional, que se revestisse de simplicidade, e que cujas normas, universais e imutáveis, fossem fundadas na natureza e nas coisas cognoscíveis pela razão humana.¹⁴⁴

Assim concebeu-se o código civil francês: originário de um projeto da lavra conjunta de um comitê da Convenção Nacional, presidido pelo renomado jurista Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), e composto pelos juristas François Denis Tronchet (1723-1806), Jacques de Maleville (1741-1824), Félix Julien Jean Bigot-Préameneau (1747-1825) e Jean Marie Portalis (1746-1707),¹⁴⁵ no ano de 1793, o *Code de la Convention* acabou não sendo levado adiante, em razão de acontecimentos políticos que impediram o seu andamento.¹⁴⁶ Contudo, por iniciativa de Napoleão Bonaparte (1769-1821), primeiro cônsul a partir do ano de 1800, o projeto de codificação foi resgatado e rapidamente tornou-se realidade. Narra Wieacker a tramitação do projeto inicial, com suas reformas e alterações, até se tornar o *Code Napoléon* em definitivo:

¹⁴³ Judith Martins-Costa transcreve a irresignação de Voltaire (1694-1778) com relação à multiplicidade de *coutumes* em vigência por toda a França: “Existem, dizem, 144 *coutumes* na França, que têm valor de lei: estas leis são quase todas diversas. Um viajante, neste país, troca de lei quase tantas vezes quanto troca de cavalos de posta. Enfim, atualmente a jurisprudência está tão aperfeiçoada que não existe *coutume* que não tenha diversos comentadores, e todos, é inútil dizê-lo, com interpretações diversas” (voz *Coutumes*, in *Dictionnaire philosophique*, Paris, A.A. Renouard, 1819, tome III, “*Coutume*”, apud MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 110.

¹⁴⁴ BOBBIO, Noberto. Op., cit., p. 65.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 71.

¹⁴⁶ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 388.

Os dois cônsules convocaram em 1800 uma comissão de quatro pessoas, que, logo após poucos meses, apresentou um projecto: projecto este que (tal como na Prússia e na Áustria) foi submetido a discussão pública e só então submetido a uma rápida apreciação do *Conseil d'État* com a presença freqüente e em parte determinante de Napoleão. O mais célebre técnico-jurista deste grémio foi J. E. Portalis (1746-1807). O resultado do parecer do *Conseil d'État* foi parcialmente rejeitado pelo legislativo e, por isso, de novo foi reelaborado a partir de 1802 e revisto pelo primeiro cônsul. A partir de 1803, foram sendo aprovados pelo legislador as diferentes secções da compilação e publicadas, primeiro isoladamente, e finalmente promulgadas em conjunto em 20-3-1804 como *Code Civil des Français* (de novo publicado em 1807, como *Code Napoléon*; em 1814, de novo como *Code Civil*; em 1852-1870 novamente como *Code Napoléon*).¹⁴⁷

O *Códe Napoléon*, “um código de direito privado de primeira plana”¹⁴⁸ expressou plenamente os interesses da burguesia capitalista. Por todos os seus 2281 artigos, o *Code* soube bem regular a vida, desde o nascimento até a morte, do cidadão burguês, este caracterizado como “pai de família, como proprietário e como homem de negócios”.¹⁴⁹ É o que facilmente se depreende da própria estrutura do código, que, dividido em três partes, bem ilustra os interesses e as preocupações burguesas quanto às questões envolvendo a aquisição de patrimônio, sua proteção, conservação, transmissão e disposição: *I. Direito das pessoas, incluindo o direito matrimonial e tutelar; II. Direito das coisas: 1. Propriedade; 2. Direitos reais limitados; III. Aquisição da propriedade: 1. Herança e testamento; 2. Obrigações.*¹⁵⁰ Sobre esse aspecto, cita Martins-Costa cinco características do sistema do *Code*:

Do ponto de vista de sua *função* – e do conteúdo da matéria organizada –, o Código de Napoleão atendeu perfeitamente às necessidades do capitalismo comercial e, bem assim, da burguesia industrial que se expande no século XIX. Tanto é assim que é perfeitamente possível traçar um paralelo entre o direito ali estabelecido – nomeadamente, a) os princípios do individualismo e do liberalismo, b) a organização das instituições jurídicas em que os bens estão colocados no centro do sistema, c) a noção de propriedade como domínio, inserida no coração da noção de regime de bens que prepara o lugar para a apropriação privada dos meios de produção, d) o sistema de sucessão *mortis causa* que assegura a transmissão dessa propriedade segundo regras de tipo igualitário e individualista, mantendo a liberdade de testar, e) o princípio do contrato como núcleo das relações intersubjetivas, e f) a concepção

¹⁴⁷ Ibidem, p. 390.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 391.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 230.

¹⁵⁰ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 389.

da família enquanto desenho das relações interfamiliares identificadas às relações interindividuais sob o princípio da autoridade marital – e as idéias dos fisiocratas no campo da economia.¹⁵¹

O sistema embutido no Código Civil francês, desta forma, procurou regular completa e exaustivamente a vida privada burguesa, e o fez a partir de uma organização metódica da matéria jurídica civil, que traduzisse “a trajetória do indivíduo burguês na ordem em que esta normalmente ocorre”.¹⁵² Trata-se de um sistema tipicamente “externo”, porque consiste em um sofisticado *methodus disponendi* em que há ordem, unidade e coerência de seus elementos, já que estabelece uma seqüência lógica, que parte do geral ao particular: como já visto, no “Livro Primeiro” positiva normas gerais de publicação, vigência e demais efeitos da própria lei; em seguida, trata das questões da personalidade e da capacidade civil, nacionalidade, estado civil da pessoa, matrimônio, divórcio, filiação e menoridade; no “Livro Segundo”, trata das diferentes formas de modificação e disposição dos bens; e, finalmente, no “Livro Terceiro”, dispõe a respeito da forma pela qual se transmitem e se adquirem os bens, dando ênfase ao direito sucessório e ao direito das obrigações, este essencialmente contratual.¹⁵³

Por outro lado, observa Martins-Costa, com perspicácia, que a coerência do *Code* não advém de um encadeamento dedutivo de suas normas, referenciado por direitos fundamentais ou mesmo princípios que expressem valores para além de seus limites.¹⁵⁴ Isso se justifica inclusive pelas pretensões de completude e de plenitude particulares desta legislação, pressupondo um sistema que se auto-referencia. Por isso, o *Code* não comporta a noção de sistema como encadeamento lógico-dedutivo; sua sistematização não será do tipo *centralizada*, a partir de princípios alocados no epicentro do ordenamento, por isso aduzindo Menzes Cordeiro que “as soluções efetivas, dispersas consoante a ordenação codificada, não têm relações dedutivísticas claras,”¹⁵⁵ ao que “toda a Ciência do Direito se simplifica ao extremo, reduzindo-se a um diálogo com o texto legal”.¹⁵⁶

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 188.

¹⁵² Ibidem, p. 188.

¹⁵³ Ibidem, p. 189.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 190.

¹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel. Op. cit., p. 250.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 251.

O *Code Napoléon* foi o paradigma fundamental de um sistema de direito civil positivo codificado, sendo, nas palavras de Wieacker, “o texto legislativo mais cumulado de êxitos de todo o século”.¹⁵⁷ Concretizou a absoluta crença jusracionalista num direito deduzido universalmente a partir da razão, sistematizando (ordenando) rigorosamente a matéria jurídica civil sob os primados da unidade e da coerência, consagrando a onipotência do legislador. Inaugurou a “Era da legislação codificada” no ocidente, todavia tendo estendido sua influência por todo o mundo, servindo de parâmetro a inúmeras nações. Para se ter uma idéia da extensão global de sua tradição, citam-se as palavras de Franz Wieacker:

Depois disto, não é de se admirar o impacto *mundial* do Code [...] Em primeiro lugar, nos países tocados pela conquista napoleônica ou dos seus irmãos (Países Baixos, Itália e Espanha), ele afirmou-se ou serviu de modelo dos ulteriores códigos civis e comerciais, sobretudo da Itália (1865 a 1940), de Espanha, de Portugal, dos estados latino-americanos, mesmo na Lousiana, este último caso servindo de testemunho digno de nota de codificação do tipo continental nos Estados Unidos da América; depois, no fim do século XIX, com a derrocada do império otomano, também nos balcãs (Romênia, 1865) e no Próximo oriente (Egipto, por volta de 1875/6). Ao lado do *Code Civil* a maior parte dos outros códigos napoleônicos foi adoptada integralmente ou com ligeiras adaptações.¹⁵⁸

2.2.3 A trajetória alemã para a codificação

Na Alemanha, o processo codificatório foi precedido por uma discussão filosófica que pôs em lados opostos o jusracionalismo e o historicismo. A realidade jurídica alemã se diferenciava da francesa na medida em que, na primeira, todo o direito aplicado continha um caráter essencialmente prático, como consequência da larga recepção que teve o direito romano desde a instauração do Sacro Império, desenvolvida e aperfeiçoada pela Escola do *usus modernus Pandectarum*, que predominou tanto na jurisprudência como na legislação. Por outro lado, a influência do jusracionalismo na cultura alemã teve seus efeitos limitados ao plano teórico,

¹⁵⁷ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 391.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 394.

porque considerado pelos juristas práticos como sendo “assunto de professores”.¹⁵⁹ Assim, a doutrina do direito natural racionalista era tida como incompatível com um direito de caráter prático, como foi o *usus modernus*. Nessa linha, Judith Martins-Costa afirma:

[...] o direito romano havia sido introduzido desde o século XV no Império Romano-Germânico por intermédio de uma efetiva recepção prática. Por esta razão, o seu estudo continuara a se desenvolver nas universidades sob o signo da sua utilidade e aplicabilidade concretas. Entretanto, o direito daí resultante não era mais do que formalmente o direito contido no Corpus Juris, porquanto materialmente fora o mesmo desenvolvido pela jurisprudência – sendo muito forte, como se assinalou, a influência do *usus modernus pandectarum* – e mesmo pela legislação, criando-se, assim, o direito comum do império como uma *obra de juristas práticos*.¹⁶⁰

Se na França o jusracionalismo desenvolveu-se em sua plenitude, contribuindo, a partir de sua absoluta crença em um direito natural legitimado pela razão, para a concretização da implementação de um sistema de direito civil positivo sob a roupagem de um Código, na Alemanha, diversamente, o domínio desse modelo de jusracionalismo na legislação foi efêmero. Lá, o jusracionalismo sofreria críticas contundentes de parte de uma elite cultural alemã em formação, que, impulsionada por um crescente sentimento cívico justificado pela necessidade premente de uma unificação nacional, compreendeu que a experiência histórica germânica não comportava a imposição estatal autoritária de uma legislação que pretendia “ter encontrado de uma vez por todas o direito certo para um Estado concreto”.¹⁶¹

Diferentemente da realidade francesa, não existia, na Alemanha, sequer uma monarquia centralizada, pois sua estruturação política ainda remontava à do Sacro Império Romano-Germânico, que, naquele período (séculos XVIII e XIX), ainda era dividido em diversos Estados autônomos, cada qual com suas particularidades políticas e, conseqüentemente, jurídicas. A estrutura sócio-econômica, da mesma forma, diferenciava-se em muito da francesa, porquanto a Alemanha ainda viva um semi-feudalismo dividido em três *status*: nobreza, burguesia e campesinato.¹⁶² A

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 212.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 211. Grifos da autora.

¹⁶¹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 398.

¹⁶² BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 56.

burguesia alemã encontrava-se em um estágio de manifesto atraso em relação à burguesia francesa, e ainda mais em relação à inglesa. Outrossim, como refere Wieacker, um particular florescimento cultural desviou as pessoas de um ímpeto social para um “poetar e pensar”. Descrevendo esse contexto, aduz:

Na verdade, também na Alemanha, sobretudo depois da legislação napoleônica, uma parte da elite tinha os olhos postos na França; e quando, depois das guerras da libertação, a Alemanha pareceu, por um momento, estar pronta para uma democracia nacional unificada, esta elite pensou que o caminho estava livre para uma Constituição comum a toda a Alemanha e para um Código Geral que fosse, não decretado, mas elaborado por toda a nação. Mas o que se passou foi que estas forças foram imediatamente subjugadas pela restauração dos Estados territoriais e forçadas ao «caminho interno» de uma renovação do direito a partir de uma consciência jurídica histórica e científica, pois a restauração das dinastias tradicionais depois da queda de Napoleão fez abortar a oportunidade de uma integração democrática do Estado alemão unificado.¹⁶³

No mesmo sentido, Martins-Costa, tratando das distintas realidades políticas e dos fatores que também influíram na própria defasagem de tempo ocorrida entre a codificação francesa e a alemã, refere que:

Em primeiro lugar deve ser referida a ausência de unidade jurídico-política dos Estados alemães (*Länder*), unidos em uma federação, mas divididos em várias áreas de influência jurídica diversa, o que impossibilitava a unificação do direito, porquanto cada um deles obedecia a uma dupla soberania, sob cuja influência se formou um dúplice direito positivo, o direito territorial de cada Estado (dotado de autonomia legislativa e jurisdicional) e o direito comum. Com peso dominante ainda estava o fato de, no segundo decênio do século XIX, as relações de força nos Estados alemães, aos a queda de Napoleão, estarem estabilizadas com o predomínio do partido da Restauração, rigidamente anti-revolucionário e ao qual não interessava, por óbvio, conceder qualquer espaço aos interesses do terceiro Estado.¹⁶⁴

Contudo, não foram apenas estas circunstâncias políticas que favoreceram o enfraquecimento da doutrina do direito natural racionalista. Para tanto, será decisiva a contribuição de um novo movimento filosófico-cultural, o *historicismo*, que, na Alemanha, surge a partir da postura crítica de Immanuel Kant (1724-1804) com relação às concepções tipicamente jusracionalistas (como o estado de natureza, o

¹⁶³ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 401.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 226-227.

contrato social e um direito natural universal e imutável). No que tange à questão da justiça do direito positivo, Kant refutou de forma consistente a filosofia jusnaturalista por acreditar na autonomia moral do indivíduo e nas múltiplas opções éticas que pode vir a assumir, e não em uma ética concebida de forma universal e apriorística.¹⁶⁵ Ao pôr em dúvida os postulados da razão, o pensamento filosófico de Kant irá lançar as bases do historicismo e de sua vertente jurídica: a escola histórica do direito. Sobre o historicismo, Bobbio assinala:

O que caracteriza, portanto, o historicismo é o fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata.¹⁶⁶

Nessa senda, a postura historicista, iniciada com as críticas de Kant, será assumida, no campo do direito, pelos juristas Gustav von Hugo (1764-1844), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Anselm von Feuerbach (1775-1833). Eles propõem a exploração da dimensão histórica do direito, compreendendo o fenômeno jurídico como produto histórico da cultura de um povo, que por isso variará em função do momento histórico e de outras circunstâncias. O direito, como objeto da ciência jurídica, seria pré-determinado pela historicidade, e não pelas abstrações jusracionalistas ou pelos comandos do onipotente legislador iluminista. Sobre a compreensão histórica do direito, Wieacker assevera:

A partir daqui, também o direito já não podia ser compreendido como um sistema de leis naturais gerais a-históricas da sociedade humana ou apenas como mero produto artificial de um legislador racional. No entanto, uma vez que a história, entendida como plano de formação de Deus para a plena educação da humanidade ou como realização do espírito, mantinha a tendência para uma realização final da idéia de direito, o regresso à história já não significava uma relativização ou mesmo naturalização da idéia de direito, como no direito natural relativo de Thomasius ou do último iluminismo. Em todo o

¹⁶⁵ Ibidem, p. 402.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 48. Bobbio transcreve um trecho de um panfleto anti-revolucionário, *Considérations sur la France*, da lavra de Joseph De Maistre (1753-1821), defensor do *Ancien Régime* e considerado um dos predecessores do historicismo, que, ao tratar da Constituição francesa revolucionária de 1795, exprime a atitude historicista frente o racionalismo: “A Constituição de 1795 é feita pelo homem. Ora, não existem homens no mundo. Tenho visto, na minha vida, franceses, italianos, russos etc.; e sei também, graças a Montesquieu, que podem existir persas; mas quanto ao homem, declaro jamais tê-lo encontrado na minha vida; e se existem, por certo é com o meu desconhecimento”.

pensamento actuante da Escola Histórica do direito, a história jurídica não permaneceu como passado acabado, objecto de um conhecimento desinteressado, mas constituiu nada menos do que o conteúdo vivo indicada como objecto à própria ciência do direito.¹⁶⁷

Os pensadores da escola histórica do direito, por terem estabelecido tamanho contraponto ao jusracionalismo, foram considerados, como sendo os precursores do positivismo jurídico, na medida em que representaram a crítica à concepção de um direito natural, tido como universal, imutável e deduzido pela razão. Como afirma Bobbio, “ao direito natural o historicismo contrapõe o direito consuetudinário, considerado como a forma genuína do direito, enquanto expressão imediata da realidade histórico-social e do *Volksgeist*”¹⁶⁸ (o espírito do povo). Isso se explica, porquanto a Escola Histórica do direito descobriu na historicidade do direito, como manifestação da historicidade e do espírito do povo. Daí a importância dada pelo historicismo à diversidade das culturas e das épocas históricas: o direito, como produto e criação cultural variável conforme estas circunstâncias, também deveria manifestar o *espírito do povo*, este compreendido como *nação cultural*.¹⁶⁹

Em razão deste antagonismo filosófico, a codificação na Alemanha tomou rumos diversos dos tomados na França. No país da Grande Revolução, o processo codificatório significou a plena realização política e jurídica do legislador universal e *onipotente*. O direito deveria consistir na expressão da autoridade estatal e também da razão: a um, porque sua eficácia se mostraria condicionada à imposição do ente estatal, fazendo valer a vontade geral; a dois, porque o direito posto pelo Estado não deveria ser produto de mera arbitrariedade, mas sim fruto autêntico da expressão da razão.

Os partidários do jusracionalismo recusaram o direito consuetudinário, resultado das manifestações históricas, por considerá-lo “uma pesada e danosa herança da esconjurada Idade Média (o século das trevas), como contrário às exigências do homem civilizado e da sociedade inspirada nos princípios da *civilization*”.¹⁷⁰ O acúmulo de normas oriundas de diversas fontes (o pluralismo jurídico) bem como suas contradições, na visão jusracionalista, deveriam ser combatidos e evitados, porque davam azo à corrupção: o direito costumeiro

¹⁶⁷ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 406-407.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 53.

¹⁶⁹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 408.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 54.

beneficiava a uns e prejudicava a outros (particularismo jurídico), e vinha materializado numa tradição histórica *irracional*. Assim, o direito consuetudinário, de índole particularista e feudal, deveria ser imediatamente substituído por um direito racional, universal e aplicável a todos, consubstanciado em um “conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através de lei”,¹⁷¹ consagrando-se um tal sistema “num código posto pelo Estado”.¹⁷²

Entre essas duas posturas jurídicas a Alemanha restou dividida: se por um lado a influência do *Code Napoléon* era crescente, em virtude da própria proximidade territorial e em razão de haver cada vez mais partidários alemães favoráveis à criação de um direito único codificado para todo o país, seja estendendo a aplicação do próprio código francês, seja redigindo um apropriado a suas necessidades,¹⁷³ por outro lado, os efeitos da Revolução, porque ameaçadores dos privilégios das classes dominantes, sofreram o repúdio de parte dos meios conservadores alemães em nome da defesa das características próprias nacionais da civilização germânica. Nesse quadro, originou-se, em 1814-1815, a conhecida polemização havia entre os juristas Savigny e Thibault (1772-1840), sendo este favorável a um sistema de direito positivo civil codificado, e aquele contrário ao processo codificatório. Abordando a questão da célebre polêmica, sinala Martins-Costa:

A ausência dos pressupostos de ordem política hábeis à instauração de um “direito novo” não impossibilitou, todavia, já desde os inícios do século, o debate a respeito da necessidade da existência de um direito codificado. A célebre polêmica entre Thibaut e Savigny a esse respeito espelha, embora por forma transversa e mascarada, justamente, o grau de politização da questão política (que só será solvida no final do século), porquanto refletia as reais relações de força existentes na Alemanha: a disputa não constituiu numa pura e simples controvérsia teórica a respeito das qualidades ou defeitos de um direito escrito, devendo ser lida, na realidade, como um lance a mais na guerra pela manutenção ou pela modificação das condições sociais e jurídicas existentes, no fundo da qual estava a valoração das idéias da Revolução Francesa.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ibidem, p. 55.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem, p. 56.

¹⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 228.

Porém, com sabido, a posição de Savigny acaba por preponderar, refletindo justamente o peso dos interesses políticos em jogo. Ao sustentar sua doutrina jurídica historicista, ou seja, o direito como sendo produto histórico da cultura de um determinado povo (manifestando o *Volksgeist*), Savigny acabou por sobrepor a importância da teoria jurídica à prática, olvidando-se, enfim, da questão da finalidade do direito, mascarando, por certo, o conteúdo político do direito que defendia, assim logrando êxito em afastar da Alemanha os “nefastos” efeitos da Revolução Francesa.

Com isso, a prevalência da posição de Savigny fará com que a codificação, na Alemanha, ocorra quase cem anos depois da francesa. Na metade do século XIX, porém, alteram-se substancialmente as condições políticas alemãs: a partir de 1848 intensifica-se o movimento pela unificação, sendo que, na Constituição Imperial de 1849, estabelece-se a previsão da feitura de um código de obrigações único para todo o Império, que virá a se tornar o chamado *Projeto de Desdren*. Com isso, ganha relevo a idéia da unificação do direito civil, de modo a cumprir com os propósitos de adequar o corpo do direito civil à unidade do país e de atender aos reclames do novo cidadão-burguês, aqui também identificado como sendo o “pai de família, o proprietário e homem de negócios”.¹⁷⁵

Contudo, apenas em 1873, com o advento da “Lei Lasker”, é confiada a uma comissão formada por cinco membros a elaboração de um plano provisório de um código civil, cujo objetivo principal era “examinar o direito privado vigente na Alemanha”.¹⁷⁶ Wieacker traça um perfil dessa comissão e da divisão de seus trabalhos:

Na presidência estava um destacado prático, *Pape*, o presidente do *Reichsoberhandelsgericht*, que subsistiu até 1878. práticos eram ainda outros sete membros, dentre os quais se destacava *Gottlieb Planck*; professores eram apenas *von Roth*, *von Mandry*, qualificados peritos em direito patrimonial da família, e *Windssheid*, que influiu decisivamente no espírito e na forma do primeiro projecto. Foram também práticos quem elaborou os livros particulares: *Gebhard*, a Parte Geral, *Johow*, o direito das coisas, *Planck*, o direito de família e *v. Schmitt*, o direito sucessório. O projecto de Desdren de 1865 estava na base do direito das obrigações.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Ibidem, p. 230.

¹⁷⁶ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 537.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 537.

Todavia, o projeto que resultou dos trabalhos desta comissão sofreu críticas contundentes, por seu “doutrinarismo” e por apoiar-se demasiadamente no direito romano recepcionado.¹⁷⁸ Em 1895, a comissão é novamente constituída, a fim de promover as necessárias alterações no projeto inicial, de forma a atender às críticas lançadas ao trabalho. Como refere Wieacker, à comissão são adicionados outros membros, “figuras conhecidas do mundo da economia”.¹⁷⁹ No mesmo ano, a comissão publica, então, um segundo projeto, o qual se transforma, finalmente, no Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch, ou simplesmente BGB), que vem a ser publicado no dia 18 de agosto de 1896, entrando em vigor no primeiro dia dos noventa e seis.¹⁸⁰ Contudo, o BGB, por questões de ordem técnica,¹⁸¹ viria a se tornar em um modelo de sistema fechado diferente do modelo de sistema fechado do *Code* francês.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 232.

¹⁷⁹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 539.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 540.

¹⁸¹ Para um estudo preliminar do modelo de sistema fechado contido no BGB, consultar CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 103 et seq.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O exame histórico das mais profundas origens do direito privado de família romano-germânica demonstra que, a partir do esfacelamento da ordem político-jurídica e da estrutura administrativo-burocrática do Império Romano do ocidente, estabeleceu-se um contexto de pluralismo jurídico nas regiões da Europa sob a sua influência, caracterizado pela multiplicidade de fontes de produção normativa.

2. Desde a Idade Média, e por todo o *Ancien Régime*, predominou, na Europa continental, a pluralidade de fontes normativas, como reflexo das diversas experiências jurídicas das mais variadas realidades estatais. O direito privado era um direito dado entre sujeitos privados, e não por um ente investido da autoridade de um poder público. Tratava-se de uma ordem jurídica de matriz consuetudinária em que prevalecia o particularismo, característico da sociedade medieval. O modelo discursivo desse direito seria o método de raciocínio tópico-aristotélico, herdado da Antigüidade clássica, vindo a ser reproduzido tanto no ensino jurídico da Antigüidade tardia como no ensino das universidades embrionárias dos séculos XII a XIII.

3. O pluralismo jurídico exprimiu a desarmonia das fontes de produção de direito; ainda não se concebia o direito como um conjunto ordenado e organizado de normas, dotado de unidade e coerência, de caráter geral e aplicável igualmente a todos, com vigência nos dentro dos limites de um determinado espaço territorial, e imposto por um ente abstrato ao qual é atribuído e do qual emana o poder político.

4. A partir do coroamento de Carlos Magno como Imperador Carolíngio, surge a Europa enquanto um fenômeno histórico-cultural unitário. Nesse sentido, a doutrina da *translatio imperii*, como expressão da pretensão política de continuidade do Império Romano (transmissão do poder imperial), será fundamental para alicerçar o ideal de unidade política, consubstanciada no trinômio *una religio, unum imperium, unum ius* (“uma religião, um império, um direito”), a significar que o império (agora Sacro Império Romano-Germânico) viria a ser uma comunidade cristã (*respublica christiana*) unida juridicamente (*ius commune*).

5. O ideal político do *unum ius*, no âmbito jurídico, favoreceu o redescobrimiento do direito romano, provocando o despertar dos juristas para o seu estudo. Constituindo-se o Sacro Império Romano-Germânico na própria Roma, obviamente o direito aplicado no Império deveria ser o direito romano. Com isso, a recepção do direito justiniano deu-se em larga escala, difundindo-se principalmente pelos estudos do *Corpus Iuris Civilis*, levados a cabo nas universidades medievais dos séculos XII e XIII. O redescobrimiento e a recepção prática do direito justiniano deu-se a partir dos trabalhos de glosadores e comentadores, os quais se valeram dos métodos escolásticos do *trivium* (a retórica, a gramática e a dialética), todavia não indo além da restauração do *Corpus Iuris*, numa postura de submissão à sua autoridade.

6. O redescobrimiento e a recepção do direito romano também foram favorecidos pelo desenvolvimento da economia mercantilista e pelas alterações sociais provocadas, as quais impuseram a necessidade de um direito *estável*, a abarcar com segurança as relações econômicas; um direito *único*, que possibilitasse que as relações comerciais ocorressem num plano intereuropeu; e um direito mais *individualista*, que dirimisse as diferenças determinadas pelo particularismo e pelos privilégios, deixando assim o caminho livre para a atividade das classes econômicas em ascensão.

7. Em que pese a absoluta não linearidade do processo histórico, pode-se afirmar que a Renascença marcou a transição da Idade Média para a Idade Moderna. O humanismo, no campo do direito, representou o esgotamento do até então produtivo estágio de recepção prática dos textos justinianos. Representou a ruptura com o modelo discursivo jurídico tópico-aristotélico, fruto da escolástica, que por sua vez fora herdado da Antigüidade clássica. Com o advento do humanismo, e posteriormente do iluminismo, propõe-se uma renovação metodológica, seja nas ciências exatas, seja nas ciências sociais. As *verdades* do mundo antigo passam a ser questionadas, porque carecem de *certeza*. No campo jurídico, verifica-se uma importante transformação: da autonomização do poder laico frente ao religioso decorre a dessacralização do direito, que agora passa a ser compreendido como direito posto positivo, porque posto pela ordem humana. Com isso, quebra-se a estrutura trimembre do direito medieval, ou seja, de direito sacro, porque da Igreja;

direito romano, porque administrado pela burocracia estatal e firmando no poder de sua tradição; e o direito consuetudinário.

8. A renovação metodológica propiciada pelo humanismo vem sob a roupagem da *primeira sistemática*, que, partindo de uma postura crítica implacável ao modelo escolástico de raciocínio jurídico, de cunho tópico-aristotélico, acompanhado de glosas e comentários, vai negar a sacralidade e a autoridade do direito romano, situando-o apenas historicamente, e por isso vendo sob uma perspectiva *antiquarista*. Com a primeira sistemática, os juristas procuram ordenar a matéria jurídica segundo grandes princípios, de modo a verdadeiramente *pré-sistematizar* um conteúdo até então totalmente disperso. Assim, a primeira sistemática irá avançar na construção do *sistema externo*, como ordenação ou “arrumação” do material jurídico. E essa sistematização será *periférica*, porque ainda inexistentes pontos de partida centrais que pudessem conduzir o raciocínio jurídico e a organização de seu substrato. O estabelecimento destes pontos de partida é justamente no que consistiu o objetivo da primeira sistemática.

9. O jusnaturalismo racionalista (jusracionalismo), como expressão ideológica do humanismo, resgatou o *direito natural*, arraigado na cultura ocidental desde a Antigüidade, procurando legitimá-lo exclusivamente na razão e o elevando ao patamar de direito fundamental ao homem e à sociedade. O jusracionalismo, no campo do direito público, contribuiu para o desenvolvimento da teoria constitucional, concebendo o ordenamento jurídico a partir de princípios fundamentais da razão. No direito privado, o jusracionalismo excluiu todas as normas jurídicas que não se mostrassem compatíveis com os princípios fundamentais da razão, com isso possibilitando uma construção sistemática autônoma, que se nortearia por estes mesmos princípios, agora contidos no próprio sistema.

10. A segunda sistemática consagrou, no direito, a doutrina jusracionalista, na medida em que concebeu um sistema elaborado a partir de princípios ou de regras gerais válidos universalmente, porque fundados na razão, estabelecendo um método de racionalidade jurídico consistente em uma operação lógico-dedutiva que partisse destes mesmos princípios e regras gerais, tal como nas ciências matemáticas, seguindo os ditames do pensamento unitário de Descartes. O *mos geometricus*,

então, passará a ser o modelo de expressão do jusracionalismo, imprimindo um padrão de racionalidade diretamente inspirado na geometria e na aritmética.

11. A Idade Moderna será a “Era das Codificações”, em que se experimentará o fechamento do sistema de direito privado. Os pressupostos filosóficos que alicerçaram a segunda sistemática se somarão a condições sócio-políticas objetivas estabelecidas com o advento da Revolução de 1879: dá-se, na França, o rompimento com o *Ancien Régime*, resultando em uma série de conseqüências. A burguesia ascendente fará valer seu poder político, pondo em prioridade a defesa de seus interesses, reclamando por segurança e certeza jurídicas. Todos deverão ser iguais perante a lei: assim, o *direito* se faz *lei*, e esta lei que deverá ser geral e abstrata, aplicável a todos indistintamente.

12. A *lei* assumirá a forma de um *código*, que sistematicamente ordenará, de forma coerente e unitária, o corpo de normas jurídicas. Essas normas emanarão de uma fonte única e exclusiva: o Estado. Exclui-se, por via de conseqüência, todo o direito produzido por fontes jurídicas outras. O código, por ser exclusivo e excludente, pautar-se-á pelos signos da completude e da plenitude normativa, pressupondo a regulamentação de todos os comportamentos humanos de ordem privada, constituindo-se num sistema *fechado* de certezas da razão, por isso não necessitando de qualquer complementação. O fechamento do sistema na forma codificada consagra, assim, a ideologia da onipotência do legislador iluminista.

13. O modelo de sistema jurídico fechado concretizar-se-á da forma mais magnífica com a promulgação do *Code Napoléon*, tornando realidade a crença jusracionalista em uma lei universal, com alcance a todos, deduzida a partir de princípios e de regras fundadas na razão. O *Code* exercerá uma poderosa influência por todo o Ocidente, vindo a estender seus efeitos em escala global. Servirá de modelo às legislações de diversas nações, por todos os continentes.

14. A trajetória assumida pelo processo codificatório alemão demonstrou, no plano filosófico, o antagonismo entre o jusracionalismo e o historicismo. A Escola histórica do direito rechaçou o projeto codificatório jusracionalista francês, lançando-lhe críticas contundentes, desacreditando num direito válido universalmente porque

fundado na razão. Contrariamente, o historicismo partiu da premissa de que o direito seria produto e manifestação cultural de um povo (o *Volksgeist*, no dizer de Savigny), entendido como nação, sob a influência de circunstâncias de lugar e de tempo. Credo na diversidade cultural do homem, e nas suas múltiplas possibilidades de escolha ética, o historicismo compreendeu o fenômeno jurídico como sendo pré-determinado pela historicidade, e não pelas abstrações jusracionalistas ou pelos comandos de um legislador onipotente.

15. O historicismo, por ter prevalecido na Alemanha no limiar da “Era das Codificações”, significou uma opção jurídico-legislativa alternativa à opção jusracionalista: propondo um direito histórico, fundado no saber prático de uma jurisprudência consolidada pelo direito romano recepcionado, fez com que o processo codificatório alemão retardasse em pelo menos meio século. Assim, apenas na segunda metade do século XIX é que se amadureceu, na Alemanha, um projeto para a codificação do direito civil, impulsionado pela tendência de unificação política vivenciada pelo decaído Sacro Império. Inaugurando os noventa e cinco, o BGB, fruto do processo codificatório alemão, todavia irá consistir, por razões peculiares, em um modelo de sistema fechado diverso do modelo de sistema fechado encerrado no *Code* francês.

16. O processo codificatório, ao tornar concreta uma sistematização científica da matéria jurídica privada, foi paradigmático em termos metodológicos, emprestando, assim, um fundamental contributo para a ciência do direito. Por ter dado começo à construção do edifício do discurso jurídico moderno, acabou por influenciar, de modo definitivo, a dogmática civilista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDI, Robert (Org.). *Dicionário de Filosofia de Cambridge*. Trad. João Paixão Netto; Edwino Aloysius Royer; Et al. São Paulo: Paulus, 2006.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Historia do direito português*. Coimbra: Almedina, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo, Ícone, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma: Laterza, 2002.

HELLER, Agnes. *El hombre del renacimiento*. Barcelona: Ediciones Península, 1980.

HESPANHA, António Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROMERA VALVERDE, Antônio José. *Humanismo, ciência, cotidiano – sob o renascimento*. *Margem*, nº 17, p. 63-71, jun. 2003.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antonio Manoel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.