

Conrado
Paulino da Rosa

Leonardo Barreto
Moreira Alves

DIREITO DE
FAMÍLIA
mínimo
NA PRÁTICA
JURÍDICA

2024

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2^a
edição

revista
atualizada

3

TRADICIONAL *SUMMA DIVISIO*, A AUTONOMIA PRIVADA E A FAMÍLIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O presente capítulo será dedicado, primeiramente, ao estudo da chamada *summa divisio*, a divisão fundamental, a distinção entre Direito Público e Direito Privado, ao menos sob o prisma tradicional em que costuma ser traçada. Em seguida, serão analisados os avanços do Direito, em especial em sua relação de intervenção na ótica familiar, até a Constituição Federal de 1988.

3.1 A TRADICIONAL *SUMMA DIVISIO*

Originariamente, provém do Direito Romano a distinção secular entre Direito Privado e Direito Público. Ambos faziam parte da mesma categoria de Direito, o *Jus Civile*, considerado como o Direito dos cidadãos romanos, do povo efetivamente nascido em Roma, em contraposição ao *Jus Gentium*, o Direito aplicado nas relações perpetradas pelos romanos com os povos estrangeiros, podendo ser considerado como o embrião do que modernamente se conhece como Direito Internacional Público.⁴⁴

44. AMARAL, *op. cit.*, p. 113.

À época do Direito Romano, o *Jus Civile* era subdividido em *Jus Privatum* (Direito Privado, tratado, em sua maior parte, como sinônimo de Direito Civil) e *Jus Publicum* (Direito Público) como forma de deixar bem clara a ideia de que existiam, respectivamente, de um lado, um Direito a ser aplicado exclusivamente na órbita particular dos cidadãos romanos, nas relações entre dois ou mais sujeitos ou entre eles e o Estado (ou seus agregados políticos), quando no exercício de funções não estatais; e, de outro, um Direito com incidência na organização e na atuação do Estado (ou seus agregados políticos) ou nas relações travadas entre o ente estatal e os cidadãos.

Nesse período, o Direito Privado tinha ampla preponderância em relação ao Direito Público, tanto que o *Jus Civile* se confundia com o próprio Direito Privado, característica que permanece na atualidade, pois o ramo mais destacado do Direito Privado é conhecido sob o nome de *Direito Civil*.⁴⁵

Na Idade Média, constata-se o desaparecimento da distinção entre Direito Público e Direito Privado, afinal, em virtude do sistema feudal então vigente, marcado pela descentralização política e jurídica, não se podia falar em um ou dois Direitos, mas sim em uma infinidade de Direitos, incluindo o próprio Direito Feudal, os Direitos consuetudinários de origem germânica, o Direito Romano, o Direito Canônico etc., o que não permitia a unidade e a coerência do sistema jurídico, tido, por isso mesmo, como profundamente obscuro.⁴⁶

Destarte, se é verdade que a *summa divisio* tem suas origens históricas no Direito Romano, não se olvida que a distinção entre Direito Privado e Direito Público se tornou mais aguda e contundente durante o Liberalismo do século XIX. Isso porque, no Estado Liberal (ou Estado Burguês), a divisão entre Direito Público e Direito Privado era nítida e consistia em um dos fundamentos do próprio modelo. Ao Direito Público, isto é, ao Estado caberia

45. FIUZA, *op. cit.*, p. 33.

46. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 19-20.

“através do direito positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”. Ao Direito privado, por sua vez, cumpriria a garantia da atividade privada, exaltando o indivíduo e assegurando a liberdade de contratar e de usufruir da propriedade privada.⁴⁷

De fato, os ideais individualistas (ou até egocêntricos) dessa época exacerbaram ainda mais a importância do Direito Privado (Civil), pois, para implementação dessa ideologia, foi necessário que o ordenamento jurídico amparasse, de forma irrestrita, o espaço privado de atuação do cidadão, ao passo que, na outra face dessa mesma moeda, o Direito Público ocupava o limitado papel de determinar tão somente os direitos fundamentais, entendidos como as normas que restringiam a intervenção estatal ao âmbito particular dos sujeitos de direito.

Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção ao indivíduo, enquanto, no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.⁴⁸

Desse modo, vislumbrava-se um cenário de franca prevalência da vontade dos indivíduos (autonomia da vontade) na consecução dos fatos jurídicos (em sentido amplo), daí por que se privilegiava o campo do Direito Privado, protegendo-se a liberdade dos agentes, enquanto que o Direito Público, subjugado àquele, tinha como escopo principal impor deveres ao Estado de respeito a tal

47. BORGES, Janice Silveira. Princípio da liberdade. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB, 2007, p. 81-107.

48. SARMENTO, *op. cit.*, p. 13.

liberdade, deveres que geraram aos particulares a titularidade dos chamados *direitos fundamentais de primeira geração*.

Acerca desta ideia, Daniel Sarmento⁴⁹ aduz que, nesse paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo em que era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e o do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o “jardim e a praça”. Nessa dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado.

Os *direitos fundamentais de primeira geração* impunham ao Estado um papel absolutamente omissivo no trato de questões relacionadas ao âmbito privado. Em outras palavras, como forma de se resguardar das indevidas interferências estatais do *Ancien Régime* na seara das atividades econômicas exercidas pelos indivíduos, a burguesia ascendente fez constar nos ordenamentos jurídicos do nascer da Idade Contemporânea limites a essas ingerências, o que, ressalta-se novamente, determinou um aprofundamento da submissão do Direito Público ao Direito Privado.

Portanto, sob a égide do Estado Liberal, houve uma especialização desses dois ramos do Direito, no sentido de que a distinção entre eles se tornou completamente estanque, não se verificando qualquer interferência de um sobre o outro. Direito Privado e Direito Público eram como água e óleo, imiscíveis, puros, praticamente inexistindo nódoa de um que manchasse o outro.⁵⁰

49. SARMENTO, *op. cit.*, p. 12.

50. “No Estado Liberal de Direito, originário das Revoluções Americanas e Francesa, a summa divisio Direito Público e Direito Privado mereceu atenção especial e teve o seu auge. O fundamento do Direito Público, nascido da revolução, ficou bem definido e determinada a sua origem histórica com o surgimento da noção de uma pessoa titular de direito subjetivo de poder público, de poder de mando. O Estado passa a ser a nação organizada titular da soberania. O Direito Público, conjunto de regras aplicáveis a essa pessoa soberana e determinante da sua organização interior e do regime de suas relações com outras pessoas, é conhecido como o Direito Estado. Por outro lado, o Direito Privado ganha os seus grandes monumentos, os Códigos oitocentistas, como sistemas impermeáveis às

Por consequência, não havendo, conceitualmente, quase nenhuma penetração das normas de ordem pública no Direito Privado, em especial no Direito Civil, quando esse fenômeno porventura ocorresse em algum ramo dessa seara do Direito, a doutrina sentia uma grande dificuldade em classificá-lo como integrante do Direito Público ou do Direito Privado. É o que ocorria, no Brasil, ainda no início do século XX, com o Direito do Trabalho, em que as normas cogentes de proteção ao hipossuficiente da relação jurídica (o empregado) transbordavam, e isso gerou perplexidade aos seus estudiosos e indefinição quanto à seara que deveria ocupar no Direito, a ponto de muitos defenderem a ideia de criação de um terceiro gênero do Direito (*tertium generum*), o Direito Social, misto entre as duas searas anteriores. Não obstante, registre-se que, modernamente, tal impasse já está solucionado, com a (óbvia) inclusão do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito Privado.

Em particular, o Direito de Família foi alvo de fenômeno idêntico, talvez até mais complexo, em face da maior incidência de normas de ordem pública, de caráter cogente, em seu âmbito.⁵¹

A dúvida quanto à classificação do Direito de Família apenas existia por conta desse tratamento absolutamente estanque conferido aos Direitos Público e Privado. Como será visto, essa dúvida perdeu sua razão de ser quando se leva em consideração

mudanças e transformações sociais e autossuficientes. O seu maior símbolo representativo é o Código Civil napoleônico de 1804, que consagra a propriedade como um direito absoluto do indivíduo (art. 25). Aqui passam a existir duas dimensões do direito subjetivo, o direito subjetivo do Estado e o direito subjetivo do Indivíduo. O Direito Coletivo e os direitos sociais estavam excluídos da tutela jurídica no período em questão.” (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 164-165).

51. Nessa esteira, a doutrina de Silvio Rodrigues: “A família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional, proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. V. 6. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11).

que, hoje, prevalece o entendimento de que há uma verdadeira simbiose entre esses dois grandes ramos do Direito, que não os desnatura nem os faz desaparecer, razão pela qual se firma a ideia de que o Direito de Família igualmente integra o Direito Privado.

Eis, portanto, o quadro em que foi desenhada a *summa divisio* em seu formato mais tradicional. Aliás, como será apreciado adiante, a concepção tradicional da divisão entre Direito Público e Direito Privado – fruto da ideologia burguesa do século XIX – é a base ideológica que sustenta todo o arcabouço jurídico criado pelo Código Civil brasileiro de 1916.

Embora esse tema volte a ser discutido, com mais vagar, no próximo capítulo, faz-se imprescindível analisar mais uma premissa indispensável ao prosseguimento da discussão travada nesta pesquisa: o critério determinante para a distinção clássica entre o Direito Público e o Direito Privado. Para tanto, passa-se a mencionar diversos critérios trabalhados pela doutrina civilista e, ao final, apresenta-se o critério que merece prevalecer.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald adotam como critério de distinção o caráter do interesse que predomina nas relações jurídicas travadas em cada um desses ramos do Direito: caso haja predomínio do *interesse geral* da sociedade (*interesse público*), resta caracterizado o Direito Público; se, por outro lado, há a prevalência do interesse *individualizado*, depara-se com o Direito Privado.⁵²

Pietro Perlingieri é outro autor que adota o critério acima exposto, mas acaba indo além, acrescentando-lhe, alternativamente, o critério da *natureza do titular dos interesses*. Desse modo, a *summa divisio* se substancia “ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses”.⁵³ Seguindo esse trilhar, se o sujeito de direito fosse o Estado, seus agregados políticos ou a coletividade, o Direito

52. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11-14.

53. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 53.

seria Público; ao revés, na hipótese de o sujeito ser um particular considerado individualmente, o Direito seria Privado.

Fiuza talvez seja quem melhor sistematiza todas as teorias que tratam do critério de fixação da *summa divisio*. Segundo o autor, seriam três as teorias em questão. A primeira delas, denominada *teoria monista de Kelsen*, nega a existência da distinção, pois todo Direito é Público, eis que advém do Estado.⁵⁴

Há, ainda, as *teorias dualistas*, que sustentavam a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, tendo como subespécies as *teorias substancialistas* e as *teorias formalistas*. As *teorias substancialistas*, por sua vez, dividiam-se em duas espécies: a *teoria dos interesses em jogo*, que coincide com o critério utilizado por Farias e Rosenvald, conforme já explicitado alhures; e a *teoria do fim*, que, capitaneada por Savigny, apregoava que o Direito seria Público se o objetivo da norma fosse o Estado, e Privado se tal objetivo fosse o particular.

Já as *teorias formalistas* tinham três subespécies: a *teoria do titular da ação*: segundo a qual “o direito só é concretizado por meio de uma ação”, que deve ser realizada por alguém. “Se, pela natureza do Direito, a iniciativa da ação couber ao Estado, o Direito será público; ao revés, se couber ao particular, o Direito será privado”⁵⁵; a *teoria das normas distributivas e adaptativas*: a qual afirma que se as normas fossem distributivas, ou seja, se tivessem a finalidade de distribuir os bens entre os indivíduos, o Direito seria Privado; já se as normas fossem adaptativas, quando envolvessem bens de impossível distribuição, como rios, ruas etc., o Direito seria Público; e a *teoria das relações jurídicas*: que se assemelha à concepção defendida por Perlingieri, postulando existir Direito Público quando as relações jurídicas tuteladas disserem respeito às pessoas jurídicas de Direito Público entre elas e os indivíduos, e Direito Privado quando as relações tuteladas forem aquelas travadas entre particulares.

54. FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9ª. ed., 2ª. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21-24.

55. FIUZA, *op. cit.*, p. 22.

A terceira e última teoria, na classificação de Fiuza aqui apresentada, é a *teoria trialista*, que concebe um terceiro e autônomo ramo do Direito, o chamado Direito Social ou Misto, verdadeira mescla entre o Direito Privado e o Direito Público, a exemplo do Direito do Trabalho e do Direito de Família.

Deixando um pouco de lado, por ora, as teorias monista e trialista, e voltando-se a atenção às teorias dualistas, objeto deste capítulo, *data maxima venia* ao entendimento de Fiuza, defensor da teoria formalista das relações jurídicas, razão assiste a Farias e Rosenvald no sentido de que é a *teoria substancialista do interesse em jogo*, com a pequena adaptação a seguir delineada, a que melhor explica a distinção entre Direito Público e Direito Privado.

De fato, toda a problemática está em determinar se nesse ou naquele ramo do Direito prevalece o *princípio da autonomia privada* (entendida como sinônimo de autonomia da vontade, à época do Estado Liberal) ou o princípio da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*.

Como já afirmado em outras passagens deste livro, a autonomia privada é princípio basilar de todo o Direito Privado (com ênfase no Direito Civil), servindo como critério seguro para a caracterização de tal seara jurídica sempre que sua incidência for maior ou, ao menos, não prejudicada pelas normas de ordem pública (cogentes).

Isso posto, embora, por exemplo, o Direito do Trabalho e o Direito de Família sejam alvos de intermináveis normas de ordem pública, tais searas jurídicas fazem parte do Direito Privado, pois essas normas não retiram a eficácia da autonomia privada; ao contrário, apenas oferecem novos contornos a ela.

Quando, entretanto, as normas de ordem pública subjugam por inteiro a eficácia da autonomia privada, em prol de um bem maior, o interesse público, tem-se o Direito Público. Assim, percebe-se que o princípio estruturante dessa área do saber jurídico é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Ao final deste tópico, reitera-se apenas que a tradicional *summa divisio* é traçada a partir de uma análise comparativa entre o princípio da autonomia privada e o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: aquele que preponderar acabará determinando se certo ramo do Direito pertence ao Direito Privado ou ao Direito Público.

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MOVIMENTO DE CODIFICAÇÃO E O PANORAMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, A AUTONOMIA PRIVADA E A *SUMMA DIVISIO*

O objetivo deste tópico é apresentar subsídios para o entendimento do contexto histórico em que foi criado o Código Civil brasileiro de 1916 e para a análise de seus reflexos na ordem jurídica nacional.

Tem-se como código toda e qualquer lei que visa a disciplinar uma única matéria, de forma autônoma, integral e totalizante. Disso decorre o conceito de codificação, mecanismo de agrupamento em um mesmo instrumento legal de normas jurídicas que guardam características comuns entre si. É, pois, fonte formal de Direito que pretende unificar o tratamento de um dado ramo dessa ciência.

Perlingieri⁵⁶ sintetiza que por ‘código’, em geral, entende-se o documento (que é uma lei) que contém um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma ideia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor.

A partir desse conceito é possível extrair algumas características elementares de todo e qualquer código: *unidade, coerência, rigidez, completude e clareza*.⁵⁷

56. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 3-4.

57. ROBERTO, *op. cit.*, p. 31-32.

A *unidade* diz respeito à existência de um princípio hierarquicamente superior que fundamenta todas as normas encontradas no corpo de um código. A título de ilustração, nota-se que o Código Civil Napoleônico (1804) está assentado na propriedade imobiliária, daí resultando uma verdadeira patrimonialização das relações por ele disciplinadas, inclusive no âmbito do Direito de Família, em que a proteção dispensada à família matrimonializada e o tratamento discriminatório conferido aos filhos ilegítimos e ao concubinato apresentam-se como meios de preservação do patrimônio familiar.

Corroborando com esse posicionamento, Grossi⁵⁸, ao comentar sobre o Código Civil da França, aduz que o código fala ao coração dos proprietários; é sobretudo a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo “ter”, que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande *comédie* balzaquiana).

A *coerência* indica que um código, por ser racionalmente construído, não apresenta contradições, e se, porventura, elas aparecem, são apenas aparentes. A *rigidez* garante ao código o caráter de lei materialmente superior a todas as outras leis que se aplicam a determinado ramo do Direito. A *completude* reflete a concepção de que um código pretende sempre ter o regramento exclusivo de dado ramo do Direito. A *clareza*, por sua vez, significa a necessidade de que um código tenha uma linguagem clara, acessível, sem preciosismos técnicos, afinal, ele é feito para o cidadão, para a vida em sociedade. Tal característica não é encontrada na codificação civil alemã (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1896) – graças à influência de Savigny, que lutou ardorosamente pela elaboração de um código técnico, voltado aos juristas alemães – e, de certa forma, também não no Código Civil

58. GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 130.

brasileiro de 1916, mas isso não retira dessas obras legislativas o caráter de código.⁵⁹

A aspiração de tratar diversos assuntos em um único instrumento era comum, há muito tempo, em outras áreas do conhecimento, como a Religião (vide os exemplos da Bíblia, Torá e Alcorão). A *tendência* à codificação, portanto, não é uma novidade da história contemporânea. A necessidade de regulamentar a vida privada, motivo primordial desse processo, ocorre desde a Antiguidade Clássica, em particular a partir do Código de Hamurabi, talvez a primeira obra representativa de que se tem notícia nesse sentido.

Na Grécia, importantes legislações confirmavam gradativamente essa tendência, merecendo destaque a Legislação de Licurgo (relativa a Esparta) e a Legislação de Sólon (Atenas).

No Direito Romano, a tendência à codificação ganhou impulso incomensurável. Em virtude de uma crescente necessidade prática de sistematização do conhecimento jurídico, as obras romanas foram sendo criadas em progressão geométrica. A primeira grande codificação foi a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecín Tabularum*), mas diversas outras também merecem destaque, como as Institutas de Gaio (*Institutiones*), as Sentenças de Paulus e as Regras de Ulpianus, e, mais tarde, o Código Hemogeniano (*Codex Hemogenianus*), e o Código Teodosiano (*Codex Theodosianus*).

Mas foi o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, sem dúvida alguma, a obra legislativa romana mais marcante de que se tem notícia nesse processo histórico de tendência à codificação⁶⁰, pois foi esse o primeiro texto que efetivamente englobou toda a matéria jurídica, compreendendo a soma de todas as instituições e fomentando a concepção universalizante. Justiniano conseguiu agrupar todo o direito comum romano da Idade Média e, até mesmo, da Idade Moderna. É exatamente nesse momento que se evidencia a origem histórica propriamente dita, de “englobar,

59. ROBERTO, *op. cit.*, p. 31.

60. ROBERTO, *op. cit.*, p. 10-12.

em um mesmo documento, todo o Direito Civil – compreendido *de omni re civili*”.⁶¹

A tradição romana, então, propulsionou a preocupação em sistematizar o conhecimento jurídico, tradição que ganhou maior força a partir da Escola dos Glosadores, em Bolonha, no século XII, e, em seguida, com o estudo sistemático desta cultura feito pelas universidades europeias, em especial a de Bolonha. Por conta disso, a famigerada *praxis* romana cedeu lugar à vontade do Código, renegando regras e princípios a segundo plano.

Destarte, o *movimento da codificação*, como hoje é conhecido, só veio a ser definitivamente consagrado na Idade Moderna⁶². Em reforço, a codificação do Direito, na acepção mais precisa de seu termo, é fenômeno relativamente recente, ocorrido apenas a partir do final do século XVIII.

Nesse contexto, é preciso frisar que todas as obras legislativas anteriormente mencionadas, elaboradas antes do período referido, apesar de apontarem uma antiga *tendência* humana de sistematizar o conhecimento jurídico, não podem ser consideradas como *códigos em sentido próprio*.

Isso posto, neste momento, é de mister importância fazer-se uma breve diferenciação entre a *codificação* (entendida, hoje, como um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas) e alguns movimentos que guardam grande semelhança entre si, mas que são distintos: a *consolidação* e a *recepção*.

O fenômeno da *consolidação*⁶³ traz em si uma ideia de continuidade, de superposição de normas, coletânea de leis anteriores,

61. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 83.

62. ROBERTO, *op. cit.*, p. 27.

63. Bobbio, comparando a codificação justiniana à napoleônica, apregoa: “Ainda que tenhamos comparado a codificação justiniana à napoleônica, não é necessário crer que possuam caracteres idênticos. Somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. O *Corpus juris civilis* é, ao contrário, uma coletânea de

enfim, uma antologia jurídica que não tem a pretensão de inovar o Direito posto⁶⁴. Como exemplo, tem-se o Código de Hamurabi, o próprio *Corpus Juris Civilis* e, no caso específico do Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas.

A *recepção*, por seu turno, tem lugar quando um país escolhe um ordenamento alienígena para ter vigência como se seu fosse, tal como se deu na Germânia com o Direito Romano e, no caso do Brasil, com as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

De outro lado, como já afirmado, a *codificação* é fenômeno típico do período iluminista, compreendido entre o final do século XVIII e praticamente todo o século XIX.

A burguesia, classe social ascendente, que acabara de conquistar o poder político, procurou construir um sistema jurídico que lhe favorecesse. Com essa finalidade, fazia-se necessário transformar o cenário jurídico pré-codificação, da Idade Média, marcado pela existência concomitante de diversos ordenamentos jurídicos em um mesmo território, haja vista que, em cada feudo, prevalecia uma regra peculiar (geralmente alicerçada no Direito Romano), sem falar na influência do Direito Canônico em todo um país, cenário não totalmente superado na Idade Moderna.

Para enterrar em definitivo esse cenário caótico, de grande insegurança e instabilidade das relações sociais e do próprio Direito, a burguesia encontra a sua tábua de salvação no código, instrumento jurídico que, por suas características típicas (*rigidez, completude, coerência e clareza*), era o único capaz de unificar e centralizar o ordenamento jurídico vigente e, por consequência, promover a tão sonhada segurança jurídica. As codificações

leis anteriores; mesmo o *Digesto* (uma de suas quatro partes) não é de fato um código, mas antes uma antologia jurídica, sendo constituído por trechos (ditos 'fragmentos') dos principais juriconsultos romanos, distribuídos por matéria e geralmente ligados entre si e adaptados às exigências da sociedade bizantina pelo sistema das 'interpolações' (isto é, acréscimos, modificações ou cortes feitos pelos compiladores)". (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 64).

64. ROBERTO, *op. cit.*, p. 30-31.

privadas, portanto, disciplinavam, “com pretensões de exaustividade, as relações travadas entre os indivíduos na sociedade”.⁶⁵

Dessa forma, por meio da codificação, o Estado (Liberal), centralizado muitas vezes na figura soberana do Príncipe, responsável por supostamente decodificar todos os anseios sociais, voltava a ser a única fonte de produção do Direito (*monismo jurídico*), fato que prepara o terreno para implementação de toda a filosofia apregoada pelo Positivismo Jurídico.⁶⁶

Evidentemente, a burguesia tratou de consagrar nos códigos apenas aqueles valores que lhe fossem convenientes, comungassem com seus interesses, refletissem os ideais do novo sistema capitalista (o Liberalismo Econômico, nos moldes propostos por Adam Smith), como, por exemplo, a dinamização das relações produtivas, a valorização do patrimônio como um fim em si mesmo, o individualismo exacerbado, a liberdade, a igualdade formal etc.

Nesse trilhar, a nova classe social detentora do poder político procurou retirar todos os entraves típicos do período do Estado Absolutista que prejudicavam o desenvolvimento de uma efetiva livre iniciativa, estipulando normas que limitassem a intervenção estatal, principalmente no campo econômico, ao lado de normas que garantissem a empresa burguesa. Assim, se o Código fala a alguém, esse alguém é a burguesia que fez a Revolução e que, finalmente, realizou sua plurissecular aspiração à propriedade livre

65. SARMENTO, *op. cit.*, p. 14.

66. “O Código revela plenamente sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo de novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo. Aqui se manifesta a fundamentação jusnaturalista, que reveste de eticidade a certeza de que o Código se faz portador, já que, quando se torna possível ler a natureza das coisas, a veia ética passa a ser certa, mesmo se no fundo não existe mais o Deus-pessoa da tradição cristã, mas, no seu lugar, uma vaga divindade panteisticamente vislumbrada; desse modo, passa a ser certa a mitificação. Não é errado falar de catecismo, do Código com catecismo [...]. O jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado”. (GROSSI, *op. cit.*, p. 111-114).

da terra e a sua livre circulação; o Código francês é tomado por uma realização desse tipo, a ser desenhada, ainda, em 1804, ou seja, um protagonismo do pano de fundo – sobretudo do pano de fundo rústico – como objeto possível de propriedade, que era substancialmente desmentido por uma situação econômica em plena evolução, valorizando cada vez mais decididamente outras fontes de riqueza.⁶⁷

Aliás, a teoria da codificação, como concebida por seu criador, o inglês Bentham⁶⁸, trazia em si a exigência, pela burguesia, de retomada da tradicional *summa divisio*, abandonada no período medieval diante da pluralidade de regras jurídicas aplicadas nos feudos. De fato, os códigos procuraram delinear com bastante clareza o espaço de atuação exclusivamente privada, em que não seria admissível a intervenção estatal como outrora ocorria.

A respeito do tema, Borges afirma que a burguesia, a classe econômica ascendente, precisava garantir a continuidade, a segurança e a expansão de suas relações comerciais, o que a manteria no poder econômico e a consolidaria também como classe política. Desse modo, exigiu a burguesia a elaboração de leis que assegurassem que suas relações contratuais e suas propriedades poderiam ser administradas livremente, de forma segura, sem que o Estado interviesse em seus conteúdos. A intervenção do Estado só ocorreria para fazer cumprir o que as partes tivessem estabelecido, para garantir a proteção da propriedade privada e o cumprimento dos contratos. Portanto, a codificação teve um papel importante para a divisão entre as esferas pública e privada da vida das pessoas, buscando excluir a presença do Estado das relações entre particulares, distinguindo Estado e sociedade civil, desenhando limites da elaboração legislativa e limitando a atuação do Estado na vida dos indivíduos.⁶⁹

67. GROSSI, *op. cit.*, p. 129.

68. Curiosamente, a teoria da codificação nunca vingou no país de origem de Bentham, já que, até os dias de hoje, prevalece na Inglaterra o sistema jurídico da *common law*.

69. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77-78.

Como movimento científico, esse ideal ganhou corpo com a Escola de Exegese, na França, segundo a qual a atividade do jurista (principalmente do magistrado) deveria estar limitada à mera aplicação das regras contidas no Código, todas, ressalte-se, favoráveis à burguesia.

No entender dessa corrente de pensamento, o Direito se resumia à lei, sendo desprezível, portanto, a atividade doutrinária de interpretação deste. Tendo como sustentação o *princípio da separação de poderes*, tão bem trabalhado por Montesquieu em sua obra clássica “O Espírito das Leis”, a Escola da Exegese formulou o raciocínio simplista de que a atividade de produção do Direito (*rectius*, das leis) era exclusiva do Poder Legislativo, não podendo o Judiciário interferir nessa missão, mas apenas prestar irrestrita obediência ao Direito posto e aplicá-lo, sem questionamentos, ao caso concreto.

O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como adversário da liberdade, e, por isso, cumpria limitá-lo em prol da garantia dos direitos do homem. Sob esse prisma, foi de enorme utilidade a técnica da separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado.⁷⁰

Os códigos em geral, dadas as suas características peculiares, principalmente a da *completude*, trariam sempre em seu bojo, de forma apriorística e convencional, a solução pronta para todos os casos concretos, daí surgindo o conceito do *non liquet* (o juiz não se exime de decidir o caso concreto), que, por sua vez, origina o entendimento de que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece. Além disso, impõe-se a regra de que o jurista somente poderia utilizar-se da interpretação gramatical, lógica e sistemática, admitindo-se a utilização de outras fontes apenas se houvesse expressa permissão legal.

70. SARMENTO, op. cit., p. 08.