

bém oriundo do realismo, segundo o qual a decisão é essencialmente política, e a analogia com a ciência não só é falsa, como também exerce uma função essencialmente ideológica: ao se afirmar que a decisão é "científica", dissimulam-se os valores que ela expressa e os interesses que ela protege.

Mas a principal objeção provocada por essas atitudes é que uma ciência só pode descrever fatos, não valores. Entre esses fatos figura o nexo de causalidade entre dois fatos, e a ciência pode descrever esse nexo na forma de uma lei causal ou na forma de uma norma técnica, do tipo "para atingir o resultado *x*, é preciso fazer *y*". Mas nenhuma ciência pode indicar se o resultado *x* é justo ou desejável. Em outros termos, a ciência possibilita conhecer os meios, não os fins. Ela não tem nenhuma serventia para conhecer o direito em vigor, pois o emprego de certos meios não é condição de validade, a não ser que eles sejam prescritos por uma norma jurídica. Por outro lado, ela não permite determinar o direito por fazer, que depende apenas dos fins buscados.

#### A ciência cujo objeto é o direito positivo

A concepção positivista da ciência pode caracterizar-se por alguns traços essenciais: distinção entre a ciência e seu objeto, intuito de limitar-se à descrição desse objeto, determinação de um objeto passível de ser descrito. Transpostas para o campo do jurídico, essas ideias se traduzem na distinção entre direito e ciência do direito. Expressam o fato de que a ciência do direito trata de um direito que tem uma existência objetiva independente da própria ciência, e de que esta não produz esse direito, mas limita-se a conhecê-lo, ou seja, a descrevê-lo. Enquanto o direito é composto de *normas*, que não podem ser verdadeiras nem falsas, a ciência do direito não pode conter nem enunciar normas, mas apenas descrevê-las por meio de *proposições de direito*, que podem ser verdadeiras ou falsas. Por fim, uma vez que o objeto da ciência do direito é o direito, não se deve entender por direito qualquer conjunto de normas, mas apenas um conjunto de normas passíveis de ser descritas por meio de proposições de direito, cuja validade pode ser verificada. Esse objeto não pode ser o direito natural, mas apenas o direito positivo. O positivismo jurídico é

assim chamado porque fala em nome de uma epistemologia positivista e porque tem por objeto apenas o direito positivo.

Há, porém, várias representações da ciência do direito dentro do paradigma positivista. É possível distinguir: o primeiro Kelsen, positivismo estrito, positivismo amplo e pós-positivismo.

*O primeiro Kelsen.* – A guinada na epistemologia de Hans Kelsen está ligada a uma dificuldade que diz respeito à maneira como a validade das proposições da ciência do direito pode ser verificada. Se o objeto da ciência do direito for o direito positivo, e se as proposições de direito descreverem normas, será possível representar a norma de duas maneiras diferentes: ou como uma entidade ideal, a ideia de que uma conduta deve ocorrer, ou como um fenômeno empírico, intuito de certa conduta que alguém expressa e outra pessoa adota. Com base na concepção ou ontologia das normas, que fundamenta a obra de Kelsen na primeira parte de sua vida, as proposições de direito descrevem um dever-ser objetivo, e a ciência do direito deve ser caracterizada como uma ciência normativa, cujo objeto é profundamente diferente do objeto das ciências da natureza, mas também das outras ciências sociais, que não descrevem o dever-ser, mas o ser. O principal inconveniente dessa concepção é não possibilitar nenhuma espécie de controle da verdade das proposições. De fato, é impossível confrontá-las com as normas que elas supostamente descrevem, pois as entidades ideais não são diretamente perceptíveis.

*Positivismo estrito; concepção empirista da ciência do direito.* – Por conseguinte, se quisermos verificar as proposições, precisaremos concebê-las como objetos empíricos, ou seja, como expressão de vontades humanas, como uma parte do mundo do ser. Kelsen aderiu a essa concepção a partir da década de 1950. Assim, descrever o direito é descrever atos de vontade, e afirmar que uma norma é válida não é descrever, como na primeira variante, a relação lógica com outra norma, mas apenas o ato de vontade pelo qual ela foi ditada. Assim se explica a ideia de que o direito é, acima de tudo, um sistema dinâmico.

Assim ele chega à posição dos realistas, em seu aspecto descritivo. Para Ross, por exemplo,

o direito nada mais é que um conjunto de fatos de caráter psicossocial, fatos observáveis que, por conseguinte, podem ser descritos por proposições verificáveis, como qualquer hipótese científica. Assim, afirmar que uma norma é válida é prever que, reunidas certas condições, um juiz tomará certa decisão.

*Positivismo amplo.* – O positivismo amplo rejeita precisamente essa ideia de que as normas seriam acessíveis à observação direta. Por isso, a ciência do direito, por exemplo, segundo a concepção de Bobbio, não pode ser uma ciência empírica como as outras. Também não pode ser uma ciência formal como a matemática. Portanto, é inútil prescrever-lhe que se adapte a certa metodologia derivada das ciências da natureza. Aliás, a epistemologia das ciências da natureza não lhes prescreve nada, mas limita-se a descrever seus pressupostos e os métodos que elas efetivamente empregam. A epistemologia da ciência do direito, portanto, deveria também limitar-se a indicar por quais razões ela deve ser considerada ciência e descrever sua prática efetiva. O que caracteriza a ciência não é a verificabilidade das proposições, mas a elaboração de uma linguagem teórica rigorosa e coerente. Ora, precisamente o trabalho da ciência do direito, a dogmática jurídica, consiste na reconstrução da linguagem do legislador e dos outros produtores de direito.

*Pós-positivismo.* – De tudo o que precede despreende-se que o positivismo jurídico estrito se baseia no pressuposto do monismo metodológico do positivismo estrito, ou seja, na ideia de que existe um método científico único que se impõe para todas as ciências, de que esse método é o método das ciências naturais, em especial da física, e de que, por conseguinte, é preciso adaptar esse método à ciência do direito. Esse pressuposto é questionado por uma parte da epistemologia contemporânea e, no caso da ciência do direito, pelo movimento às vezes chamado de "pós-positivista". Este rejeita sobretudo a ideia de que a ciência do direito também poderia adotar o modelo da verificabilidade empírica e contesta, aliás, que o objeto dessa ciência seja constituído por dados empíricos. Tratar-se-ia, ao contrário, de dados normativos, só obtidos ao cabo de um processo de in-

terpretação. Ora, a interpretação pela ciência do direito dos enunciados produzidos pelo legislador não pode ser feita sem referência a valores. A ciência do direito opera então segundo os mesmos procedimentos do próprio direito, de tal modo que a diferença entre a ciência e seu objeto é consideravelmente diluída. O pós-positivismo mostra-se, assim, não só como prolongamento, mas também como negação do positivismo.

» AMSELEK P. (org.), *Théorie du Droit et Science*, Paris, PUF, 1993; "La part de la science dans les activités des juristes", *Recueil Dalloz*, 1997, cron., pp. 337 ss. – ATIAS C., *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, 1994. – BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, préface R. Guastini, trad. fr. M. Guéret, Paris, LGDJ, 1998. – CARDOSO B., *The Paradoxes of legal science*, Nova York, Columbia Univ. Press, 1928. – KALINOWSKI J., *Querelle de la science normative, une contribution à la théorie de la science*, Paris, LGDJ, 1969. – KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. fr. da 2ª edição alemã p. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, reedit. LGDJ, 1999. – PECZENIK A., Lindahl L. & Van Roermund B. (org.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht/Boston, Reidel, 1983. – TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994. – VILLA V., *La Science du droit*, trad. fr. O. e F. Nerhot, Paris, LGDJ, 1991. – Col.: "Droits", *Doctrine et recherche en droits*, n° 20, 1994.

Michel TROPER

→ Normativismo; Positivismo; Realismo.

#### CODIFICAÇÃO

O termo "codificação" designa tanto a ação de codificar quanto o resultado dessa ação. Em sua acepção mais geral, a codificação refere-se, portanto, à reunião de textos jurídicos que organizam as regras relativas a determinada matéria dentro de uma obra, chamada Código. Além dessa constante, a problemática da codificação é regida em grande parte pela diversidade.

#### História

A palavra "codificação" (do latim *codicem facere*, fazer um código) só aparece em 1815 na pena de Jeremy Bentham para designar então o projeto de compor um corpo legislativo completo. O termo "código" foi, porém, utilizado na

língua jurídica já em fins do século III para descrever o resultado de certas atividades de compilação do direito existente, assim qualificadas em razão de sua apresentação material (em vez de serem constituídas por rolos de papiro, os textos eram compostos em folhas encadernadas, formando assim uma verdadeira obra). Dessa simples perspectiva de compilação de textos jurídicos, o fenômeno é, aliás, mais antigo ainda. Assim, uma de suas primeiras manifestações remonta a cerca de 2 mil anos antes de Cristo, como demonstra o Código de Hamurabi, rei da Babilônia, que procedera a uma espécie de reunião dos diferentes editos em vigor naquela época. De maneira comparável, no fim do século III, iniciativas pessoais deram origem, senão ao texto completo da constituição, pelo menos a fragmentos que reproduziam seus termos (códigos gregoriano e hermogeniano). O primeiro código oficial foi publicado em 438 por ordem de Teodósio II, para paliar a obscuridade do direito, suas contradições e a insegurança jurídica daí resultante. Como o imperador denunciava "a quantidade imensa de constituições", o objetivo da codificação era simplificar, informar e apresentar textos autênticos. O código dividia os fragmentos das constituições selecionadas em livros e em títulos, segundo um plano metódico. Quanto ao célebre Código de Justiniano, sua primeira edição, de 529 (a segunda, única conhecida, data de 534), reunia fragmentos de constituições imperiais que se sucediam de Adriano a Justiniano. A codificação justiniana inseria-se então num vasto projeto de caráter político: restaurar a grandezça de Roma e restabelecer o império em todo o seu poder. O projeto atendia, além disso, a exigências práticas: diminuir a massa do direito, simplificá-lo e, assim, garantir sua melhor aplicação.

Por isso foi só bem mais tarde – a partir do século XVIII – que apareceu a concepção moderna de codificação, exprimindo então uma verdadeira iniciativa de reforma do direito. A codificação, na época, pretendia ser a expressão de certas opções filosóficas, traduzindo uma verdadeira ideologia, diretamente oriunda da escola do direito natural. A codificação devia, assim, expor os próprios princípios da lei natural, estabelecer, segundo os termos de Cambacérès, um "Código da natureza, sancionado pela razão e garantido pela liberdade". Ex-

pressão de um direito universal, considerava-se que semelhante concepção da codificação devia excluir tanto o nacionalismo jurídico quanto o positivismo legalista. Em tal contexto foram realizados na França os grandes códigos napoleônicos: Código Civil (1804), Código de Processo Civil (1806), Código de Comércio (1807), Código Penal (1810), Código de Instrução Criminal (1811). Esse movimento de codificação estendeu-se em seguida pelo mundo, e o Código Civil servia então de modelo a numerosos códigos estrangeiros promulgados no século XIX (Mônaco, Países Baixos, Espanha, Portugal, América Latina). Paralelamente, a Alemanha dotou-se em 1896 de um Código Civil que inspirou outros (Brasil, Grécia). O tempo afetou de maneira variável o destino desses grandes movimentos de codificação. Na França, foi possível falar de certa "recodificação" (G. Cornu) no campo do direito civil das pessoas e da família, quando diversas reformas foram incorporadas no Código Civil; ao mesmo tempo, porém, assistiu-se a uma verdadeira "descodificação" (B. Oppetit) do direito comercial, visto que o essencial da matéria havia progressivamente escapado ao código de origem, até a reformulação global do Código de Comércio pelo regulamento de 18 de setembro de 2000. Essa concepção da codificação, iniciativa de verdadeira reforma do direito positivo, aliás, não desapareceu totalmente, visto que se baseiam nesse modelo diversos códigos surgidos na atualidade (cf. na França: Código de Processo Penal, 1957-58; Código de Processo Civil, 1975; Código Penal, 1992; e, fora da França, as recentes iniciativas de codificação realizadas nos Países Baixos e no Quebec).

Mas de alguns anos para cá tem-se assistido essencialmente ao desenvolvimento da codificação-compilação. Na França, por um decreto de 10 de maio de 1948 foi instituída "junto à presidência do Conselho uma comissão superior encarregada de reunir o conjunto dos textos legislativos e regulamentares em vigor, de coordenar e de completar os trabalhos já iniciados para esse efeito pelas diferentes administrações, submetendo ao governo todas as sugestões relativas à simplificação desses textos, a fim de facilitar os trabalhos de codificação propriamente ditos". Essa renovação do movimento de codificação ocorreu então na forma de

codificação realizada por decreto, sem outra modificação além da puramente formal e sem recurso sistemático à validação parlamentar (codificação administrativa). Assim, foram elaborados diferentes códigos: Código das Pensões Cíveis e Militares (1951), Código da Saúde Pública (1953), Código da Família e da Assistência Social (1956), Código do Trabalho (1973), Código da Organização Judiciária (1978). Esse movimento ganhou, recentemente, novo impulso: substituindo a antiga comissão superior encarregada de estudar a codificação e a simplificação dos textos legislativos e regulamentares, foi instituída uma comissão superior de codificação por um decreto de 12 de setembro de 1989. Seu objetivo essencial era trabalhar na simplificação e na elucidação do direito, reunindo na forma de códigos um conjunto de disposições esparsas referentes a um mesmo domínio. Oficializados por via legislativa, foram elaborados, por exemplo, o Código da Propriedade Intelectual (1992), o Código do Consumidor (1993) e o Código Geral das Coletividades Territoriais (1996). Para acelerar o movimento, o Parlamento recentemente autorizou o governo a proceder, por regulamento, à adoção da parte legislativa de certo número de códigos (Lei de 16 de dezembro de 1999). O campo da codificação contemplada em tal contexto – em que são visados o Código Rural, o Código da Educação, o Código da Saúde Pública, o Código de Comércio, o Código do Meio Ambiente, o Código de Justiça Administrativa, o Código Viário, o Código da Ação Social, o Código Monetário e Financeiro – basta para demonstrar a amplitude do desengajamento parlamentar, refletido nessa forma de codificação por regulamento.

#### Fundamentos

Diversas razões podem ser alegadas para se defender a realização de uma codificação. Razões técnicas, em primeiro lugar, uma vez que a codificação é então apresentada como um meio de solucionar a dispersão das fontes do direito e de facilitar o acesso ao conhecimento das regras. Assim, a unidade e a segurança do direito às vezes são consideradas inerentes ao próprio conceito de Código (J. Vanderlinden, *Le Concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> s. Essai de définition*). Numerosos estudos também ligam esse fenômeno às necessidades

de reunião e publicidade das regras, de permanência e estabilidade, de simplicidade e coerência. Deste último ponto de vista, o modelo de codificação procura atender à necessidade de coerência maior entre as diferentes partes de um sistema jurídico, com o objetivo de evitar suas contradições internas. A codificação atende também a um objetivo de clareza: produz um direito unificado, reunido em um código ou em vários, segundo um plano lógico, por meio de agrupamentos sistemáticos; o direito, portanto, torna-se mais legível ou pelo menos mais acessível a todos. A tal ponto que, como um tipo de contraprova, às vezes se observou que os obstáculos à codificação se explicariam pelo interesse pessoal dos jurisconsultos na manutenção da obscuridade do direito (cf. assim Tocqueville, *Journey to America*, 1835: "Os legistas americanos fazem, em geral, elogios enfáticos ao direito consuetudinário. Opõem-se com todas as suas forças à codificação, o que se explica da seguinte maneira: se a codificação ocorresse, eles precisariam voltar a estudar; como a lei se tornaria acessível ao vulgo, eles perderiam parte da importância que têm. Deixariam de ser como os sacerdotes do Egito, ou seja, os únicos intérpretes de uma ciência oculta"). Por meio dessas razões, às vezes se considera que todo código cumpre pelo menos uma das seguintes funções: simplificação formal, sistematização ou reforma do direito.

A codificação às vezes também é apresentada como fator de crescimento econômico: possibilitando melhor controle sobre a inflação de textos legislativos e a proliferação das normas jurídicas, ela contribuiria para reduzir o custo global das leis e das regulamentações que regem o setor privado; além disso, melhorando a transparência, permitiria promover a concorrência e o comércio internacional através da economia.

Além dessas razões, a codificação pode ser analisada em termos de poder político, aparecendo frequentemente na história como manifestação de um poder: prestígio pessoal, afirmação de onipotência, perpetuidade da obra realizada, tudo isso concorre para o desenvolvimento da codificação. Assim, Hamurabi, autoproclamado rei do direito, concorre com Napoleão, que afirmava em Santa Helena: "Minha verdadeira glória não foi ganhar quarenta ba-

talhas: Waterloo logo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que nada apagará, o que viverá eternamente é meu Código Civil.” De modo que, através da codificação, o soberano encontraria um meio de sobreviver a si mesmo. Segundo uma perspectiva próxima, a codificação muitas vezes se mostrou, na história, como um meio de fortalecer a unidade do reino, do império, da república, e até de reformar a sociedade ou de manter a paz (cf. Portalis, a propósito do Código Civil: “boas leis civis são [...] garantia de paz pública”).

### Concepções do direito

De maneira geral, os códigos podem refletir concepções radicalmente diferentes sobre o direito, segundo as circunstâncias, as épocas ou os países. Mas, além da diversidade dos códigos, o fenômeno da codificação como tal parece decorrer de certa concepção do direito, baseada na excelência de regras gerais postas no código, a partir das quais se deduzem soluções particulares. Nos sistemas de tradição romano-germânica, a codificação leva a pôr em ordem regras de direito, mas também a criar um modelo a partir do qual se poderiam deduzir soluções. Desse modo, ressalta-se que, em presença de um código, o “método é dedutivo. Os artigos do código são como que teoremas cujas inter-relações devem ser demonstradas e dos quais é preciso extrair as consequências. O jurista puro é um geômetra” (L. Liard, *L'Enseignement supérieur en France de 1789 à 1893, 1894*). Isso explica, provavelmente, a pequeníssima penetração do fenômeno da codificação nos países de direito anglo-americano. A ideia de que o direito se encontra num modelo dedutivo é, de fato, estranha aos sistemas de *common law*. A mentalidade jurídica na Inglaterra adapta-se muito mal ao fenômeno da codificação, e a metodologia dos juristas ingleses continua enraizada nas ações em juízo e nas circunstâncias de cada caso: a argumentação e a analogia, hauridas nas coletâneas de jurisprudência, são preferidas ao raciocínio formal. Embora, nos Estados Unidos, o American Law Institute tenha elaborado, para cada matéria de *common law*, um *Restatement of the Law*, para solucionar as incertezas decorrentes da jurisprudência nos domínios da *Common Law* e, ao mesmo tempo, as divergências entre os direitos jurisprudenciais

dos diversos Estados, o que se tem não são realmente textos com força de lei.

Aliás, foi em nome de concepções radicalmente diferentes do direito que, no pensamento jurídico alemão do início do século XIX, se desenvolveu a famosa controvérsia entre Thibaut e Savigny. Thibaut, defendendo a tese de uma codificação geral para toda a Alemanha (*Da necessidade de um direito civil geral para a Alemanha: Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen rechts für Deutschland*, 1814), via nela o remédio para a insegurança judiciária, para a fragmentação do direito e para a multiplicidade das fontes do antigo direito. Explicitando o modelo de codificação ao qual aspirava, desejava que esta fosse “formal e materialmente perfeita; em outros termos, que ela estabelecesse disposições claras, sem equívocos e exaustivas, e que organizasse as instituições civis de maneira sábia e útil, atendendo-se inteiramente às necessidades dos súditos”. Além disso, a codificação deveria ser duradoura, ser marcada pelo desejo de imutabilidade do direito, o que levará Thibaut a elogiar “os benefícios de uma mesma Constituição civil para a eternidade dos tempos”. Replicando, Savigny publicará *Da vocação de nosso tempo pela legislação e pela ciência do direito (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814). Segundo as próprias palavras do grande romanista, “esses projetos de código mostraram-se ligados a uma concepção geral da gênese de todo direito positivo [...]. Segundo essa concepção, todo direito positivo procede normalmente das leis, ou seja, das prescrições expressas do poder supremo de Estado. A ciência jurídica tem apenas como objeto o teor das leis”. A tais representações do fenômeno jurídico Savigny oporá a ideia de que “todo direito é engendrado da maneira que a linguagem corrente qualifica de consuetudinária, ou seja, ele é produzido primeiramente pelo uso e pela opinião do povo, e depois pela jurisprudência. E isso ocorre em todos os lugares por meio de forças internas, silenciosas, e não pelo arbítrio de um legislador”. O legislador, portanto, não pode criar o direito arbitrariamente, visto que este se forma por um processo orgânico determinado pelo fato de que a opinião geral do povo – o espírito do povo (*Volkgeist*) – o considera necessário. Contestando, assim, a vocação de seu

tempo para a codificação, Savigny preferia a ideia de formação histórica do direito, de necessária continuidade do direito; outros (Hugo) repetirão essa ideia, defendendo, sobretudo, que uma geração não constitui a totalidade de uma nação e não pode, por conseguinte, reivindicar o direito de ditar leis às gerações vindouras sem aceitar, ao mesmo tempo, as leis de gerações anteriores.

### Formas

Como o fenômeno da codificação não é unitário, diferentes critérios podem ser empregados para apresentar suas diversas formas. O primeiro critério de distinção baseia-se no autor da codificação. Esta às vezes resulta de uma iniciativa puramente pessoal. Historicamente, aliás, essa forma de codificação é antiga, conforme demonstram os códigos gregoriano e hermoeniano (século III), entre outros. No período contemporâneo desenvolveram-se em grande quantidade as simples compilações de textos que regem uma matéria e são publicados por um editor privado (Código dos Processos Coletivos, Código da Comunicação). Inversamente, a codificação pode ser feita por vias oficiais, procedendo-se então a uma elaboração legislativa (Código Civil, Código Penal) ou regulamentar (Novo Código de Processo Civil). Dessa perspectiva, o fenômeno da codificação de direito constante/formal (*codification à droit constant*), do modo como é tratado pela lei francesa de 16 de dezembro de 1999, revela a singularidade do procedimento agora adotado: agindo por meio de regulamentos, a codificação deverá ser respaldada por uma lei de ratificação. Mas, sabendo-se que essa ratificação poderá resultar não só de uma lei expressa, mas também da simples modificação ulterior de um artigo contido no código, em virtude da teoria da ratificação implícita, é fácil dimensionar a confusão criada na teoria das fontes do direito e da função parlamentar. O segundo critério remete ao objeto da codificação. Segundo uma distinção clássica, a oposição permitiria distinguir entre a codificação de regras antigas, que caberia simplesmente reunir, e a codificação de regras novas, diretamente integradas num código. Na doutrina, aliás, são usadas diferentes designações para traduzir essa distinção. Por um lado, fala-se de codificação-compilação, codificação

formal, de direito constante, codificação reformadora, baseada na negação de uma desordem jurídica, referente ao direito atual, em vigor; por outro lado, faz-se referência à codificação-inovação, codificação real, codificação que reforma, afirma uma ordem jurídica nova, muda o direito, cria um direito novo. Esse critério permite trazer à tona a finalidade principal da codificação empreendida: participar da reforma do direito ou, ao contrário, reunir textos esparsos já em vigor com o simples intuito de elucidar. Além disso, a distinção exige algumas nuances. O Código Civil francês, frequentemente apresentado como modelo de codificação reformadora, inspirou-se em parte em soluções antigas, o que relativiza a amplitude da inovação realizada (cf. a famosa fórmula de A. Esmein: “Os redatores do código, os bons operários dessa formidável tarefa, não pretendiam ser criadores; eram discípulos, e não profetas”, “A originalidade do Código Civil”, in *Le Code civil, Livre du centenaire*). Quanto à chamada codificação de direito constante, sua constância sem dúvida é bastante relativa. Embora a codificação de direito constante só pretenda reunir e organizar as regras existentes, sem criar regras novas, “a verdade é que toda operação de codificação, seja qual for a maneira como ela se refere à norma e apesar de todas as precauções que possam ser tomadas, comporta em si mesma possibilidades de transgressão” (G. Timsit, *Droits*, 1996). Demonstração disso são a supressão de todo e qualquer elo entre a lei e seu autor, a modificação do próprio contexto das normas codificadas, ou a reorientação de sua interpretação, sobretudo através da nova orientação dos títulos que organizam o código. A partir daí, embora ainda se possa falar de constância do direito, seria preciso especificar que, depois da codificação realizada, o direito mudou de significado (cf. assim G. Timsit: “Tais mudanças não afetam a constância do direito, não constituem uma criação do direito [...] são apenas uma transdição sua. Não consistem em criar direito, mas, propriamente, em dizer o direito. Em dizer um direito cuja existência, preexistência, o codificador ou o juiz se contenta em constatar”). A codificação assim realizada, portanto, só conduz a uma constância incerta, uma vez que podem resultar reais modificações apenas da escolha da ordem das disposições ou

dos títulos considerados. Dessa perspectiva, a Lei de 16 de dezembro de 1999, na França, deu um passo à frente, ao estabelecer que “as disposições codificadas são aquelas que estão em vigor no momento da publicação dos regulamentos, apenas com a ressalva das modificações que se tornem necessárias para garantir o respeito à hierarquia das normas e a coerência redacional dos textos assim reunidos e para harmonizar o estado do direito”. Portanto, embora às vezes se insista em afirmar que, através da codificação de direito constante, não se modifica de modo algum o direito existente, a lei nova reconhece a faculdade dos codificadores de proceder a tais modificações, inventando uma nova figura da codificação, ou seja, uma “modificação de direito constante” (N. Molfessis, *RTD civ.*, 2000, 192).

#### Codificação e legislação

As relações entre a codificação e a legislação às vezes são consideradas tão estreitas, que para alguns elas se opõem apenas por uma simples diferença de grau. Essa era, por exemplo, a posição defendida por Ch. Beudant (“Dá-se o nome de Código a algumas leis que encerram um sistema de legislação sobre determinada matéria. Um Código é uma lei que só difere das outras pela extensão e por uma importância maior”, *Cours de droit civil français*, 1896). Além disso, o fenômeno da codificação atende a exigências formais superiores às que se esperam de uma simples lei: numa obra de codificação, a elaboração formal assume importância capital, pois a procura de clareza e de coerência, no caso, é essencial. A composição do Código tem como requisito especial a adoção de um plano, por meio de divisões, títulos e uma articulação do conjunto. Caberia dizer, então, que a codificação nada mais seria que uma legislação ampliada e mais bem construída? A afirmação, feita com frequência, talvez leve a minorar outros aspectos da codificação, tal como seu valor simbólico, do qual uma simples lei raramente é dotada de maneira tão duradoura.

Além disso, o fenômeno da codificação mantém estreitas relações com a legislação, concebida como modo privilegiado, senão exclusivo, de expressão do direito. Conforme já se observou: “Quem diz codificação diz adoção do princípio fundamental de que o direito de fazer a lei

pertence exclusivamente ao legislador” (E. Roguin, *Observations sur la codification du droit civil*, 1896). Desse modo, toda codificação parece manter o culto à lei, com o risco de levar a certo “fetichismo da lei escrita e codificada” (F. Géný). A codificação traduziria, assim, a ideia de completude da lei escrita, fora da qual o direito não poderia exprimir-se. A consequência indireta de tal concepção é que o papel da doutrina se limitaria à simples descrição dos artigos do Código, o que levaria, inexoravelmente, a um empobrecimento do pensamento jurídico. Assim, os primeiros comentadores do Código Civil francês foram muitas vezes apresentados como simples gramáticos da lei: “Dominados e como que deslumbrados pelos resultados da codificação, os comentadores franceses modernos aceitaram, pelo menos implicitamente, a título de postulado, a ideia de que a legislação formal [...] deve bastar para nos revelar todas as regras jurídicas necessárias à vida social, em matéria de direito privado” (F. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, n.º 12; é verdade, porém, que esse juízo sobre aquilo que se chama escola da exegese mereceria algumas nuances: Ph. Rémy, “Elogio à exegese”, *Droits*, 1985).

A codificação repousaria, portanto, numa magnificação da lei, conquanto ela às vezes se destine apenas a corrigir os defeitos mais manifestos desta. Demonstração eloquente disso é a codificação de direito constante, que supostamente daria uma resposta ao problema da inflação legislativa, a tal ponto que apareceu como simples expressão de um princípio de segurança jurídica. Foi nessa perspectiva que ela recentemente recebeu a unção do próprio Conselho Constitucional, para o qual essa forma de codificação “atende ao objetivo do valor constitucional de acessibilidade e de inteligibilidade da lei; de fato, a igualdade diante da lei, enunciada pelo artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e a garantia dos direitos exigida por seu artigo 16 poderiam perder a eficácia se os cidadãos não dispusessem de um conhecimento suficiente das normas que lhes são aplicáveis; tal conhecimento é, além disso, necessário ao exercício dos direitos e das liberdades garantidas tanto pelo artigo 4.º da Declaração, em virtude do qual esse exercício só tem os limites determinados pela lei, quanto por seu

artigo 5.º, em cujos termos tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena (decis. n.º 99-421 DC de 16 de dezembro de 1999). Apesar de tais proclamações, observou-se em diferentes ocasiões que se atedia de maneira bastante imperfeita à segurança jurídica por meio da codificação de direito constante. Assim, esta é criticada acima de tudo por não dar solução alguma às eventuais incoerências do direito existente. Alijando de seu domínio todo e qualquer esforço de reflexão, definição, inovação ou melhoria, ela proporia como obra consumada aquilo que só deveria ser considerado o primeiro esboço de uma verdadeira codificação. A codificação de direito constante é, ademais, incompleta: as soluções jurisprudenciais são naturalmente excluídas, assim como as convenções internacionais ou os regulamentos das autoridades administrativas independentes, por exemplo, o que daria a ilusão – mas apenas ilusão – de um conjunto exaustivo. A incompletude de um código não é, necessariamente, um dos principais defeitos da codificação, quando ela emana de um codificador modesto, consciente de seus próprios limites. Cabe lembrar aqui as célebres fórmulas de Portalis a respeito do Código Civil francês, quando ele considerava que este deveria abster-se da “perigosa ambição de querer reger tudo e prever tudo”. Mas quando uma iniciativa de codificação tem precisamente essa ambição, o risco de fracasso é mais do que temível. Certamente essa é a crítica essencial a que se expõe a codificação de direito constante: para desempenhar plenamente o papel que lhe incumbe, essa forma de codificação deveria ser completa; essa é, aliás, a missão que ela pretende cumprir, visando a reunir o conjunto das disposições relativas a uma matéria, a fim de que seus utilizadores possam confiar com segurança nas informações que o código contém. Se houver alguma mínima dúvida a respeito, a obra inteira desmorona: nesse caso, sempre será preciso verificar se esta ou aquela disposição não ficou fora do Código. Esse não é o menor efeito perverso dessa forma de codificação. Quanto à legítima preocupação de favorecer a inteligibilidade do direito, ela resiste mal à seguinte interrogação: como da simples compilação de textos obscuros poderia resultar melhor compreensão de uma matéria?

#### Balanco

A própria diversidade do fenômeno da codificação torna bastante difícil a elaboração de um balanço. Conforme se observou com justiça: “Os efeitos benéficos da codificação, fator de unidade política, de integração social, de unificação e de conhecimento do direito, são contrabalançados por consequências muito menos felizes: com ela, o positivismo legalista desenvolve-se plenamente; deixou-se de considerar que o direito poderia ser uma norma de conduta social independente das fronteiras políticas ou geográficas; esqueceu-se ou minorou-se o componente histórico na formação do sistema jurídico; perdeu-se de vista a procura do direito justo para ficar-se restrito apenas à expressão da norma codificada; a ideia de direito comum dissipou-se, em proveito de um movimento de setorização; os juristas acadêmicos voltaram para a escola dos glosadores; o direito agora se confunde com a ordem do soberano” (B. Oppetit). O balanço da codificação aparece, portanto, cheio de contrastes. Seus benefícios são devidos, em grande parte, ao método no qual ela se baseia, à reflexão que deve precedê-la, ao teor das regras codificadas, mas também à representação que os juristas têm dela. Seu futuro, além disso, é bastante incerto, conforme demonstra – não sem paradoxo – o novo impulso da codificação de direito constante que se verificou num contexto de internacionalização e de instabilidade da produção normativa, que poderia parecer pouco propício a seu desenvolvimento. Desse modo, para além de suas versões contemporâneas, o futuro da codificação como tal dependerá muito das concepções fundamentais que seus promotores pretendam servir através dela; conforme se ressaltou com justeza, “se puder restituir à lei suas virtudes tradicionais, a codificação estará fadada a um futuro brilhante; se não, padecerá do mesmo descrédito” (B. Oppetit).

► ALLAND D. & RIALS S. (org.), “La codification”, *Droits*, n.º 24, 1996, n.º 26, 1997, n.º 27, 1998. – BEIGNIER B. (org.), *La Codification*, Dalloz, “Thèmes et commentaires”, 1996. – CABRILLAC R., *Les Codifications*, PUF, “Droit, éthique et société”, 2002. – OPPETIT B., *Essai sur la codification*, PUF, “Droit éthique et société”, 1998. Col.: Institut international de droit d'expression française (XVIII<sup>o</sup> Congrès), “La codification et l'évolution du droit”, *Rev. jur. et pol. Indé-*

pendance et Coopération, 1986, n° 3 e 4. – Institut international d'administration publique (Colloque), "Faut-il codifier le droit? Expériences comparées", *Rev. fr. d'adm. pub.*, n° 82, 1997.

Ver também: CARBONNIER J., "Le Code civil", in *Les lieux de mémoire*, Gallimard, 1986, org. P. Nora; V Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, org. Ph. Raynaud e S. Rials, PUF, 1998. – PORTALIS F., *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris, 1844. – SOURIOUX J.-L., "Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle", *Journées de la Société de législation comparée*, 1988, pp. 145 ss. – SUEL M., *Essai sur la codification à droit constant*, JO, 1993. – TERRÉ F., "Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles", in *Études de droit contemporain*, *Trav. et rech. Inst. dr. camp.*, Paris, 1962, t. XXIII, pp. 175 ss.; "La codification", *European Rev. of Private Law*, 1993, 31 – VANDERLINDEN J., *Le Concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967. – VAN KAN J., *Les Efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, Rousseau, 1929. – ZENATI F., "Les notions de code et de codification", *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, pp. 217 ss.

Dominique BUREAU

→ Código Napoleônico; Código Teodosiano; *Corpus iuris canonici*; *Corpus iuris civilis*; Escola histórica, pandectismo e codificação na Alemanha; Exegese; Lei.

## CÓDIGO NAPOLEÔNICO (Preparação, redação e evolução)

Em 21 de março de 1804, foram reunidas 36 leis num único corpo com o título de Código Civil dos franceses. Batizado de Código Napoleônico em 1807, voltou ao título primitivo em 1814. Embora restabelecido oficialmente em 1852, o nome de Código Napoleônico desapareceu do uso oficial a partir de 1870 e passou a servir apenas para a versão de 1804, e não mais para o Código Civil como direito positivo. Essa onomástica mutável ilustra a longevidade e as metamorfoses da codificação civil francesa que, concebida em 1804 de maneira homogênea, continua a viver na forma de uma compilação de leis de datas diversas. A sucessão de textos que figuraram no Código Civil corresponde a variedade de leituras desse monumento do direito.

### Singularidade da codificação francesa

O Código Napoleônico faz parte da primeira grande onda de codificações que atingiu a Europa, entre o Código prussiano de 1794 (ALR) e o Código austríaco de 1811 (ABGB). A ideia de codificar o direito, particularmente o direito civil, não é específica da França, que participa de um movimento mais amplo: esses três grandes códigos – que Savigny reunira num mesmo estudo crítico em 1814 – apresentam numerosas semelhanças em termos de objetivos e inspiração. Nos três casos, o intuito era estatizar o direito privado, garantindo a primazia da fonte legislativa sobre a autoridade tradicional do direito romano e dos costumes territoriais. A intenção de racionalizar o direito, por meio da redação de um corpo de leis ordenadas, com a pretensão de atingir a todos, corresponde ao programa da escola moderna do direito natural, que difundiu por toda a Europa uma nova axiomática jurídica. O regime napoleônico, que assumiu forma monárquica no próprio ano da promulgação do Código Civil, assemelha-se ao despotismo esclarecido que está na origem das iniciativas prussiana e austríaca de codificação. Na perspectiva da história do direito francês, o Código Napoleônico também foi apresentado como resultado de um processo secular baseado, ao mesmo tempo, na obra da monarquia a favor da unidade territorial e no trabalho da doutrina para depreender regras comuns em face da proliferação das fontes do antigo direito. Grande parte do material que serviu para a edificação do Código Civil é de antiga fatura, e sua estrutura formal foi sendo progressivamente constituída durante a Revolução francesa, com a apresentação dos três projetos de Cambacérès. Os redatores do Código Napoleônico inspiraram-se no plano desses projetos e confirmaram a opção por um código dedicado exclusivamente ao direito civil, ao contrário do Código prussiano, gigantesco em razão de sua vocação de código "geral". Em 1904, no *Livro do Centenário*, o historiador do direito Adhémar Esmein punha em dúvida a originalidade do Código Napoleônico, ao escrever sobre seus redatores: "eram discípulos, e não profetas".

Não obstante, o Código Civil ainda está vivo, ao contrário do Código prussiano, e sua influência foi superior à do Código austríaco, que compartilha com ele a perenidade – à custa

de múltiplas transformações. Enquanto o ALR e o ABGB tinham em vista substituir o direito romano na qualidade de direito comum, o Código Napoleônico era herdeiro das tentativas feitas durante o Antigo Regime de integrar ao mesmo tempo os costumes e o direito escrito de inspiração romana no âmbito do direito francês. O direito natural não era ensinado nas universidades francesas, e seus teóricos não puderam ter a mesma influência de que gozavam os teóricos na Prússia ou na Áustria. Antes da elaboração da codificação, o sentimento de unidade "nacional" era, provavelmente, mais forte na França do que na Prússia e mesmo na Áustria, onde era preciso criar um vínculo entre povos submetidos à mesma coroa. O mais importante, porém, é que a singularidade do Código Napoleônico é efeito das inúmeras repercussões da Revolução francesa. Enquanto a preparação do ALR e do ABGB havia começado já em meados do século XVIII, na França o lançamento da codificação ocorre a partir de 1789. A concepção do Estado-nação, a abolição da sociedade de ordens e a laicização do direito constituem a herança revolucionária do Código Civil, que faz tábua rasa das fontes do antigo direito. E, mesmo quando as disposições do código estão em contradição com leis da época revolucionária, o período pós-termidoriano é o ponto de partida da reação jurídica e social na qual se situa o código. Foi a Revolução francesa que conferiu dimensão política, influência e alcance simbólico ao *Código Civil dos franceses*: Napoleão compreendera isso melhor que qualquer outro.

### Um grande projeto político

A ideia de unidade do direito privado francês é antiga: Commynes atribuía a Luís XI um projeto de unificação dos costumes, e, no século XVI, Dumoulin redigiu um discurso sobre a concordância dos costumes. Esses sonhos de um direito comum, porém, estão bem distantes da codificação moderna. Só diziam respeito ao âmbito consuetudinário e supunham o consentimento das populações para harmonizar seus costumes ancestrais. A redação oficial dos costumes e a fixação definitiva das fronteiras com o âmbito do direito escrito paralisaram o mapa jurídico da antiga França. A unidade do direito privado só poderia decorrer de uma reforma le-

gislativa que emanasse do poder monárquico. Com as grandes ordenanças de Luís XIV, muitas vezes qualificadas de *Code Louis*, a realza progrediu consideravelmente na utilização do instrumento legislativo a serviço da uniformização e da racionalização do direito. No entanto, esses textos elaborados metodicamente segundo um plano de Colbert limitam suas ambições à elucidação da legislação régia nos campos atinentes à justiça e aos interesses diretos do Estado. Mais uma vez, o projeto de um direito civil uniforme ficou no limbo. No século XVIII, quando o chanceler Daguesseau fala, enfim, numa "espécie de código" para o direito civil, está pensando, prudentemente, numa aproximação entre as regras em vigor no âmbito consuetudinário e as do direito escrito. As ordenanças sobre as doações (1731), os testamentos (1735) e as substituições (1747) foram pontuais demais: a monarquia francesa não transpôs o limiar que separa a codificação moderna da compilação tradicional. Diferentemente dos déspotas esclarecidos da Prússia e da Áustria, Luís XV e Luís XVI não fizeram da unificação do direito privado um objetivo que merecesse mais do que alusões imprecisas. No que diz respeito aos particularismos locais e à sociedade de ordens, esses soberanos, pretensamente absolutos, não quiseram impor uma ordem jurídica nova em matéria civil.

A partir de 1789, a codificação assumiu lugar privilegiado no credo revolucionário. A exaltação da lei, que chegava às raias do culto, a paixão pela unidade e pela racionalização, o desejo de reformas sob o signo da igualdade: tudo isso concorre para o que o direito – que se tornou claro e preciso – seja codificado. A codificação já era associada ao Iluminismo; é considerada manifestação do poder da vontade geral. Não é surpreendente que, na lei judiciária de 16 e 24 de agosto de 1790 e na constituição de 1791, os Constituintes tenham prometido a redação de um "código de leis civis comuns a todo o reino". O vínculo então estabelecido entre constituição e Código Civil demonstra a natureza política da codificação do direito civil francês. E é a "força das coisas" que impede sua realização até 1799. Três projetos foram sucessivamente elaborados sob a orientação de Cambacérès nas assembleias revolucionárias. O primeiro, composto de 719 artigos, foi alvo

da discussão mais aprofundada, de agosto a novembro de 1793. O “grande edifício da legislação civil” foi então remetido ao estudo de uma comissão de “seis membros filósofos”: na realidade, a fixação dos direitos civis dos franceses já não parecia oportuna aos *montagnards*, uma vez que a Constituição estava suspensa e o Terror estava na ordem do dia. Para responder aos críticos que reclamavam “uma redação simples, um conjunto sucinto”, a comissão de legislação preparou um segundo projeto reduzido a 297 artigos e submetido à Convenção algumas semanas depois do 9 de termidor. Seu exame foi repentinamente interrompido em dezembro de 1794, provavelmente em virtude das hesitações da Convenção, a caminho da reação. O terceiro projeto, de 1.104 artigos – redigido em 1796 –, foi prorrogado, dessa vez pela maioria do Conselho dos Quinhentos, dominado pela incerteza sobre o futuro do direito privado revolucionário. A codificação do direito civil voltou a ser objetivo oficial com a ascensão de Bonaparte ao poder. A partir de 19 de brumário do ano VIII (10 de novembro de 1799), a preparação de um Código Civil voltou à ordem do dia, e o governo consular designou, em agosto de 1800, quatro comissários encarregados de elaborar um anteprojecto. A codificação foi uma peça essencial do cesarismo, que ela servia à maravilha, ao reforçar o controle do Estado sobre a sociedade, ao mesmo tempo que dava a ilusão da concessão de uma esfera privada aos indivíduos. O compromisso do primeiro cônsul também tinha a vantagem de atrair para Bonaparte a reputação de um grande legislador. Reivindicando a paternidade do código, Napoleão confessava o confisco, a seu favor, do ideal legicentrista da Revolução. Suprema habilidade: ele soube, ao mesmo tempo, associar a comunidade dos juristas àquilo que deveria permanecer como o *Código Civil dos franceses*.

#### Uma obra coletiva

Não faltam pais nem autores ao Código Civil francês: o título de “codificador” pôde ser atribuído a Bonaparte, aos quatro membros da comissão governamental formada no ano VIII, aos conselheiros de Estado e, por antecipação, a Domat e Pothier. Contudo, não se trata do trabalho de um único homem, tal como o Código suíço de Eugen Huber, nem mesmo de uma ge-

nial “transação” feita por um grupo restrito de juristas. As escolhas resultaram da conjunção de múltiplas fontes, da formação de uma “cadeia de projetos” e do diálogo entre Bonaparte e os técnicos do direito. A presença no Código Napoleônico de material antigo – quer se tratasse de regras do direito romano, do direito canônico, do direito consuetudinário e das ordenanças régias, quer se tratasse de concepções doutrinárias do Antigo Regime – é tão manifesta, que é impossível indicar, com referência a cada artigo do código, suas fontes diretas ou distantes nos textos anteriores. O Código Civil, desse ponto de vista, é realmente herdeiro do ensino dos professores de direito francês: os tratados de Pothier às vezes foram transcritos palavra por palavra pelos codificadores. Nem por isso todo o Código Civil está em Pothier, assim como nem toda a codificação está embrionariamente em Domat. Esses dois autores nunca utilizaram o termo código e não pediram a unificação das regras do direito privado aplicáveis na França, ainda que seus trabalhos marquem, ao lado de outros, importantes progressos na racionalização do direito. Para que os resultados dessas tentativas de síntese entre direito romano e direito consuetudinário pudessem servir à elaboração de um código, foi preciso toda uma reflexão metodológica sobre a axiomática jurídica e a redação das leis, que ficou em estado de potencialidade em Domat e Pothier.

O Código Civil francês deve uma parte de seu sucesso à utilização conjunta de uma tradição nacional e de uma ideologia jurídica cuja influência ultrapassa em muito as fronteiras da França. Assim como as outras codificações europeias, porém de maneira mais indireta, os redatores do Código Napoleônico foram influenciados pela escola moderna do direito natural. A contribuição dessa escola difundiu-se ao mesmo tempo pelos caminhos da doutrina francesa – preocupada em devolver as leis civis “à sua ordem natural”, de Domat a Bourjon – e pelos múltiplos canais que levaram o conhecimento das obras de Grócio, Pufendorf, Barbeyrac, Burlamaqui e até mesmo o de Locke, Leibniz ou Wolff aos juristas franceses do fim do século XVIII. Nesse crisol foram forjadas algumas das ideias mestras ligadas à codificação: a concepção abstrata da regra de direito, o plano do código baseado nos direitos subjetivos, os princí-

pios gerais da base do direito da propriedade, da responsabilidade e dos contratos.

Os juristas que haviam participado da Revolução francesa depois contribuíram para conferir ao código um papel de primeira plana que ele não tinha nem sequer nos teóricos jusnaturalistas: o objetivo já está fixado, e o trabalho de preparação já começou. A partir da época da Constituinte prosperam projetos “privados”, apresentados à assembleia por particulares como d'Olivier e Philippeaux. Buscando a conciliação entre costumes e direito romano, esses esboços são canhestros e cautelosos: seus autores não são arautos do divórcio. Mas é proposta uma trama e, com d'Olivier, tem-se a primeira redação em artigos. Em 1793, a Convenção quase não deu atenção ao projeto, aliás incompleto, de Durand-Maillane. O primeiro Código de Cambacérès parecia atender mais às ideias de liberdade e igualdade. Integrava, com alguns retoques, as leis de 20 de setembro de 1792 sobre o estado civil e o divórcio, confirmava a abolição do poder paterno, inovava com a adoção de crianças impúberes e uma estrita igualdade sucessorial, inclusive a favor dos filhos naturais reconhecidos. Cambacérès até mesmo defendia, contra numerosos convencionais, a ideia de uma administração comum dos bens do casal pelos dois cônjuges. Embora o projeto tenha sido abandonado, sua discussão levou às leis retroativas do ano II sobre os filhos naturais e as sucessões. O segundo Código de Cambacérès, reduzido a uma espécie de índice, legou fórmulas felizes: “Toda convenção, seja qual for sua causa, constitui lei entre aqueles que a firmaram”, ou “quem causa um dano é obrigado a repará-lo”. Quanto ao terceiro projeto oficial, é reflexo da virada pós-termidoriana, com retorno à tradição jurídica – encarnada por Pothier – e a algumas inflexões sobre o estatuto da mulher casada, a adoção e os direitos sucessórios dos filhos naturais. A reação é confirmada num plano de Daunou para a República Romana e em dois projetos pessoais redigidos por Target e Jacqueminot em 1798-99. Bem no fim do Diretório, consolida-se o projeto de restabelecer o poder paterno com o aumento da quota disponível.

Os autores do projeto governamental impresso no mês de pluvioso do ano IX (janeiro de 1801) – Tronchet, Portalis, Bigot de Préame-

neu e Maleville – dispunham assim de numerosos textos de referência. Faltava ajustar a dimensão exata da reação em relação ao direito revolucionário. Esses quatro ex-advogados, realistas de coração, acentuaram o retorno ao direito consuetudinário e ao direito romano reinterpretado por meio dos autores jusnaturalistas. Pouco favoráveis ao divórcio, hostis à adoção, tentaram avançar o máximo possível no sentido do fortalecimento da magistratura paterna. Com mais de 70 anos, Tronchet fazia papel de patriarca, Maleville lembrava-se de ter-se ajoelhado diante do pai para ser emancipado, e Portalis, que enfrentara Mirabeau nos tribunais em 1783, sentia-se dividido entre a defesa do indivíduo e a primazia do elo social. O projeto do ano IX não foi inteiramente considerado durante os debates aprofundados dentro do Conselho de Estado, dos quais participaram juristas como Cambacérès e Berlier, sem esquecer Bonaparte. Prefigurado por seus moldes sucessivos, o Código Civil acabou por se formar nesse confronto entre ideias e sensibilidades.

#### A marca do autoritarismo

Das 107 sessões do Conselho de Estado dedicadas ao exame do Código Civil, Bonaparte presidiu 55. Raramente um chefe de Estado se comprometeu a tal ponto na elaboração de um corpo de leis civis. Mesmo carecendo de conhecimento jurídico especializado, o Primeiro-Cônsul demonstrou uma tenacidade notável. Viu no Código Civil um “filho dileto” e, em 1802, considerou os votos contrários do Tribunato e do Corpo Legislativo aos primeiros livros do código como uma afronta pessoal. Essa oposição das assembleias, cujo alvo era, acima de tudo, um poder pessoal em ascensão, foi vencida pelo expurgo dos intelectuais contestadores. Bonaparte fiscalizou pessoalmente a votação definitiva dos textos que compunham o Código Civil, por assembleias dóceis, no ano XI e no ano XII. Usando sua autoridade, o Primeiro-Cônsul impôs o Código Civil “à hussardo”.

O autoritarismo também está patente nas ideias expressas durante os trabalhos preparatórios. Os trabalhos mais recentes, sobretudo os de Xavier Martin, mostraram as inclinações dos redatores do Código Napoleônico a favor de uma antropologia mecanicista e pessimista: eles não escondiam a intenção de valer-se dos senti-

mentos egoístas para reconstituir, com base numa família hierarquizada, o enquadramento da sociedade a serviço do Estado. Para Portalis, “conduzimos os homens pelo interesse” e “uma sociedade não é composta de indivíduos isolados e esparsos: é uma reunião de famílias”. Era, portanto, preciso armar a magistratura paterna, reduzir mulheres e filhos à obediência, restringir o divórcio e privilegiar a filiação legítima para opor-se ao “relaxamento atual dos costumes”. Não é de espantar que o Código Napoleônico se distinga das codificações de inspiração jusnaturalista pela ausência de tratamento específico das pessoas físicas ou jurídicas. O Código francês não teve nenhum equivalente ao artigo 16 do ABGB sobre os direitos inatos de todo homem. Enquanto o Código austríaco proibia a escravidão, o Código Napoleônico era contemporâneo de sua reintrodução nas colônias francesas. Segundo o mesmo espírito, a instituição da morte civil e o restabelecimento parcial do direito de reverter em favor do soberano a sucessão dos estrangeiros mortos em seu Estado são demonstrações de uma forma de desprezo pelas pessoas.

Ao contrário do que acreditava Renan, o Código Napoleônico não era de modo algum feito “para um cidadão ideal, que tivesse nascido como criança abandonada e morrido solteiro”. Nele, o poder paterno tem poderosos meios de coerção, visto que o pai pode mandar prender, por autoridade própria, o filho menor de 16 anos. Para manter o respeito devido pelos filhos aos pais, o uso das liberalidades foi apresentado como um meio de chantagem sucessória. A sociedade conjugal do Código Napoleônico baseia-se na “preeminência do homem”: “O marido deve proteção à mulher, e a mulher deve obediência ao marido” (art. 213). A incapacidade da mulher casada é radical: impede-a de firmar contratos, exercer uma profissão ou mover ação em juízo sem autorização do marido. Mesmo no que se refere à fidelidade, a mulher está em situação de flagrante desigualdade: para ser punível, o adultério do marido precisa ser agravado pela manutenção da concubina na casa comum. A dureza do artigo 340, que proíbe a investigação de paternidade aos filhos naturais não reconhecidos, também contrasta com as disposições dos Códigos prussiano e austríaco. Quanto à adoção, cuida apenas dos maiores

e garante, sobretudo, a transmissão do patrimônio do adotante. O direito das obrigações e o direito dos bens são postos sob a vigilância do Estado: são as convenções *legalmente* formadas que obrigam a cumprir seus compromissos (art. 1.134), e o uso da propriedade não pode ter nada contrário às leis (art. 544). Caberá então falar, a exemplo de Tocqueville, de uma visão “cheia de habilidade e egoísmo” de Bonaparte, que teria usado o direito civil como instrumento para aglomerar os indivíduos atomizados em suas famosas “massas de granito”? O “espírito” do Código Civil, se existir, não é tão monolítico. Bonaparte não compartilhava toda a doutrina sensacionista dos ideólogos que ele afastou das assembleias. O Primeiro-Cônsul até mesmo defendeu a manutenção do divórcio ou da adoção, apesar das pressões de alguns colaboradores seus. Nos textos de Portalis e dos outros codificadores percebem-se os vestígios de um pensamento eclético no qual se misturam as contribuições de Montesquieu, Locke e, em pequeníssima dose, de Adam Smith ou de Jeremy Bentham. Na atmosfera pós-revolucionária, as reações autoritárias coexistem com tendências pré-liberais. O “ferrolho” ideológico não foi total, e, sobre os fundamentos da tradição jurídica, alguns artigos conseguiram escapar aos preconceitos de seus redatores. Apesar de mais marcado pelo autoritarismo familiar do que os Códigos prussiano e austríaco, o Código francês não deixa de conter uma parte da mensagem revolucionária.

#### Consolidação da herança revolucionária

O sucesso temporário do regime napoleônico deve-se em grande parte ao aproveitamento de um legado. Bonaparte apresentou-se como filho e salvador da Revolução: tirou o máximo proveito do culto à lei, da abolição dos privilégios e das apreensões dos novos proprietários, quer se tratasse dos camponeses libertos dos direitos feudais, quer dos adquirentes de bens nacionais. A todos esses franceses, que pretendiam conservar “conquistas” da Revolução, o Código Civil dava o apoio reconfortante de uma legislação civil feita para durar.

Do ponto de vista social, não há erro em falar-se de um código “burguês” para a França e de um código “feudal” – segundo a expressão de Tocqueville – para a Prússia e, em menor medida,

para a Áustria. A propriedade do artigo 544, “direito inviolável e sagrado”, desde 1789, está alforriada das “dependências feudais, destruídas para sempre”. Todo o Código Napoleônico gravita em torno dessa propriedade “alforriada”; e as disposições sobre as servidões, os foros rurais ou os arrendamentos de bens de raiz tinham o objetivo manifesto de impedir a ressurreição do sistema de *tenures*. A igualdade sucessorial, confirmada pela proibição das substituições e temperada pela ampliação da quota disponível, satisfazia a burguesia e uma parte do campesinato, ao enfraquecer as famílias da antiga aristocracia, da qual ainda se desconfiava em 1804. Basta abrir o ALR para constatar a manutenção do regime feudal e da servidão. O ABGB é mais discreto quanto à existência de um domínio compartilhado, mas permite a sobrevivência do regime feudal. O Código francês, mesmo não tendo sido concebido para servir à Revolução Industrial, também não lhe opõe nenhum verdadeiro obstáculo. O Código Napoleônico consagra uma sociedade laicizada e fundada na igualdade dos direitos: só conhece o casamento civil e retoma as principais disposições da Lei de 20 de setembro de 1792, que confia às municipalidades a manutenção dos registros civis. Garante, assim, a igualdade entre todos os franceses, seja qual for sua religião. Ao contrário, o ALR proibia o casamento entre cristãos e não cristãos, enquanto o ABGB confirmava o casamento religioso dos cristãos, regulamentava o casamento dos judeus e proibia o casamento entre cristãos e não cristãos. Enquanto os direitos prussiano e austríaco são direitos de Estados confessionais, o direito francês, já em 1804, é o direito de uma sociedade amplamente secularizada e até parcialmente discriminada. Com a ausência de qualquer discriminação religiosa, tocamos na questão central da igualdade dos direitos no Código Napoleônico. Este tem em vista um homem abstrato, com aparente desconsideração de questões como nascimento ou condição social: “Todo francês gozará dos direitos civis” (art. 8). Tal perspectiva explica o lugar ocupado pelo direito à nacionalidade no início do Código Civil francês, a ligação entre o estatuto pessoal dos franceses e a lei nacional, e a ausência quase total de menções relativas à profissão. Afora as mulheres e os menores, a única exceção a essa igual-

dade resulta do artigo 1.781, segundo o qual a palavra do “patrão” tem crédito em caso de conflito sobre o pagamento do salário. Essa discriminação opõe nitidamente duas categorias de franceses que não merecem a mesma confiança: os patrões e os “trabalhadores”, “operários” ou “domésticos”. Mas estamos ainda distantes do ALR, com toda a articulação da segunda parte baseada na organização da sociedade em ordens – nobreza, ordem burguesa, ordem campesina – separadas por obstáculos ao casamento e regimes sucessórios particulares. Alusões do ABGB aos privilégios também lembram o poder social da nobreza. No império da Áustria – escrevia Robert Musil –, “todos os burgueses eram iguais perante a lei, mas nem todos eram burgueses”.

Seria possível dizer que no Código Napoleônico todos os franceses eram iguais perante a lei, mas nem todos os franceses eram proprietários. A outra face dessa isonomia do Código francês é, realmente, sua indiferença para com os mais fracos. A maioria das disposições do Código Civil é dirigida a notáveis: mesmo os títulos dedicados às pessoas supõem a presença da propriedade ou sua transmissão. Os direitos não patrimoniais, tal como o nome, a imagem ou a honra, não são mencionados. O direito das obrigações, baseado na liberdade de comércio, não mostra nenhuma brandura especial para com os contratantes inexperientes, reservando a ação de rescisão por lesão aos vendedores de imóveis. A análise de Marx, exposta num jornal renano em 1849, ainda é muito esclarecedora desse aspecto. Para ele, o Código Napoleônico não criou a sociedade burguesa, mas é uma “expressão legal” dessa sociedade já formada antes de sua elaboração. Marx não se limita a um esquema simplista que reduza o conjunto do Código Civil a um produto predeterminado da infraestrutura social. Nota, com mais sutileza, que o Código francês *correspondia perfeitamente às expectativas de uma classe em plena ascensão*. Primeiro Código da burguesia, o Código Napoleônico conseguiu garantir os ganhos dos beneficiários da Revolução, oferecendo-lhes, ainda por cima, o retorno à autoridade no seio das famílias. E essa cristalização da nova ordem social, propriamente conservadora na França, também podia servir de estandarte à Revolução no estrangeiro.

**Exportação do Código Civil**

A despeito de seu título, o Código Civil dos franceses não foi percebido como uma legislação estritamente nacional. Assim como o Código austríaco pôde ser aplicado a um Estado multinacional, o Código Napoleônico foi favorecido pelo crescimento territorial ligado à conquista e pelo alcance universal derivado de seu tom revolucionário. Apoiando-se na ideologia da Grande Nação, Napoleão impôs o Código Civil, assim como todas as leis francesas, a um Império de 130 departamentos onde viviam belgas, luxemburgueses, suíços, italianos, alemães e holandeses. Na Bélgica e nos departamentos da margem esquerda do Reno, a introdução do Código Napoleônico prolongou o processo de implantação das leis francesas iniciado com a Revolução, quer se tratasse da abolição do regime feudal ou da laicização do casamento. Nos departamentos de anexação mais recente, a aculturação foi mais superficial, e o Código francês não obliterou certos hábitos nacionais.

Para além do Grande Império, Napoleão desejou transformar o Código Civil em "direito comum" da Europa, destinado a substituir um direito romano considerado obsoleto. Recusando qualquer mínima adaptação que se afastasse da tradução literal para dar conta dos costumes locais, o imperador transpôs "seu" Código para o reino da Itália e - dando ordens formais nesse sentido - para o reino de Nápoles. Junto aos Estados alemães, Napoleão exerceu fortes pressões para conseguir a adoção do Código Civil. Embora essa introdução fortemente incentivada fosse bem-sucedida nos territórios do reino de Vestefália, dos grão-ducados de Berg e Baden, assim como em Frankfurt, foi preciso fazer algumas concessões no que se refere ao estado civil e ao divórcio. O *Badisches Landrecht* (1809) é o melhor exemplo de transplante do Código Napoleônico "corrigido" com mais de 500 notas, com importantes adendos, tais como a investigação de paternidade ou o usufruto do cônjuge supérstite. No grão-ducado de Varsóvia, foram encontradas soluções de acomodamento para que o Código Civil fosse admitido pelo clero e pela nobreza.

Esse avanço, frequentemente forçado, do Código Napoleônico suscitou resistências e debates animados. Os italianos, em geral, mostraram-se refratários ao casamento civil, ao divór-

cio e ao regime legal da comunhão entre cônjuges. Em 1815, Negri, jurista de Vicenza, fez uma lista dos defeitos do Código francês, por ele acusado de ter declarado guerra às leis da religião católica e perturbado a ordem das famílias, com a emancipação rápida demais dos filhos. Na Alemanha, o Código Napoleônico provocou polêmica intensa durante várias décadas. No apogeu da dominação napoleônica, ele foi analisado, admirado, mas também criticado em certos pontos por professores como Zachariae e Lassaulx. Na época da queda do Grande Império, foi denunciado por Rehberg como um código estrangeiro e perigosamente revolucionário, enquanto Thibaut apreciava sua técnica e propunha seguir seu exemplo para redigir um código para toda a Alemanha. Em resposta a Thibaut, Savigny publicou seu famoso *Vom Beruf* (1814), no qual se baseava em sua concepção histórica do direito para julgar inoportuna uma codificação alemã. Nesse panfleto, Savigny, que se debruçara sobre o Código Civil durante vários anos, desferiu numerosas flechadas contra o despotismo napoleônico e os erros dogmáticos dos juristas franceses. Continuando no centro dos debates sobre o direito alemão, o Código Napoleônico teve, nos anos seguintes, admiradores em Hegel e depois em Lorenz von Stein e em Marx. Para os apóstolos do racionalismo e os adversários da sociedade do Antigo Regime, o Código Civil francês mostrou-se como um dos vetores da modernidade. Também na Itália, liberais e patriotas viram nele um ponto de união: "Viva o reino da Itália, viva Vítor Emanuel rei da Itália, viva o Código Napoleônico", tal foi o *slogan* de um deputado toscano em 1859. Graças a suas qualidades formais e a seu impacto político, o Código Napoleônico permaneceu como modelo de imitação durante todo o século XIX. Depois de 1815, o Código francês foi conservado na Polônia sob a dominação russa, nas regiões da margem esquerda do Reno anexadas à Prússia, em Gênova e em Lucca. Na Renânia, as elites burguesas manifestaram-se expressamente pela manutenção do código depois da partida das tropas francesas. Mesmo sem aceitarem todas as suas novidades - sobretudo o casamento civil e o divórcio -, vários Estados da Itália, antes da unificação, dotaram-se de um código civil que se abeberava em muito no Código Napoleônico. O Código Civil italiano de

1865, o da Romênia (1864) e o de Portugal (1867), assim como, em menor medida, o Código espanhol de 1889 podem ser considerados filhos do Código Napoleônico. Seu influxo estendeu-se à América do Sul, à Luisiânia, ao Egito, à Turquia e ao Japão, antes que sua reputação fosse eclipsada pelos Códigos alemão e suíço do início do século XX. Essa influência do Código Napoleônico, que confirma sua natureza de primeiro código "moderno", foi durante muito tempo motivo de orgulho para os franceses.

**Constituição da sociedade civil francesa**

Essa expressão, empregada por Demolombe no início de seu comentário sobre a cláusula do poder paterno, ilustra o contraste entre a instabilidade constitucional da França no século XIX e a implantação do Código Civil na sociedade francesa. Não era, porém, garantido de antemão que o código, portando o nome do usurpador amaldiçoado dos Bourbons, sobreviveria à derrocada do regime napoleônico. O pensamento contrarrevolucionário, desenvolvido na emigração, parecia até mesmo opor-se à ideia de codificação e à de constituição. A partir de 1801, o conde Montlosier esboçara alguns dos temas da crítica conservadora ao código: casamento civil, divórcio, restrições à duração e à força do poder paterno eram os principais alvos dos ultrarrealistas. Contudo, em 1814, Luís XVIII decidiu manter o Código Civil: seguindo conselhos de algumas pessoas de seu círculo - provavelmente Beugnot, que aplicara o Código no grão-ducado de Berg -, o rei tomou consciência do valor da codificação e de sua fácil adaptação ao regime da Restauração. A revisão do Código Civil limitou-se à ab-rogação do divórcio pela Lei de 8 de maio de 1816. Nem o casamento civil, nem o sistema sucessório foram questionados, como nos Estados italianos.

Se a adequação do Código Civil aos regimes da monarquia de julho e do Segundo Império parecia tranquila, a aliança dos republicanos à codificação napoleônica tinha motivos para surpreender. Os dirigentes da II e sobretudo da III República poderiam sentir alguma repulsa por um Código de feição autoritária. A lenda napoleônica provavelmente salvou o Código Napoleônico em 1848, antes que a defesa da propriedade privada se tornasse o ponto de coesão do partido da Ordem. Depois de 1870, o

ódio que os republicanos sentiam pelo regime derrubado podia voltar-se contra um código que, segundo expressão do jurista Acollas, pusera "a contrarrevolução no próprio cerne da sociedade civil". O pragmatismo dos chefes republicanos e sua timidez diante das reformas sociais impediram qualquer questionamento do Código Civil. Este encontrara defensores em horizontes muito diferentes: professores de direito que alimentavam o culto a um código qualificado de "espiritualista" e "cristão", escritores que admiravam a clareza de seu estilo, historiadores que celebravam uma "obra imortal" e até liberais ou democratas que reliam o código à luz de seu credo. Mesmo aqueles que acusavam o Código Napoleônico de fragmentar o solo, de destruir a "família de antigamente" ou de pôr as mulheres sob tutela deveriam reconhecer seu lugar central na sociedade francesa. Toda a *Comédia humana* de Balzac pode ser lida como um afresco denunciador do Império do Código Civil, responsabilizado pela "degradação da nação".

Nessa "recepção" do Código Civil pelos franceses, pode-se ver a prova da longa dominação dos nobres e, depois, de sua aliança com o campesinato e as classes médias em torno de uma "filosofia" do meio-termo. Apesar disso, o código conseguiu impor-se como a lei nacional de todos os franceses. As resistências locais foram esporádicas. O regime legal da comunhão não parou de progredir, tanto por ser o direito comum dos cônjuges sem contrato quanto por atender às necessidades de uma maioria de casais. A aculturação do regime sucessório do Código Napoleônico conseguiu ser mais prolongada: no Sul, era grande a tentação de continuar a "fazer um primogênito". Para evitar a partilha, as famílias reduziam-se a um só filho, segundo os adversários da igualdade sucessória, como Le Play. Mas os camponeses não se revoltaram em massa contra o Código Civil, e era possível garantir uma transmissão correta do patrimônio sem violar abertamente a lei. Quanto à redução da natalidade, teve causas mais complexas. De um ponto de vista social, o Código Civil não era apanágio dos mais abastados. A França do século XIX eram um país que contava com vários milhões de pequenos proprietários rurais, visceralmente apegados às regras do código sobre o direito dos bens. Nas cidades, o código não

era apenas sinônimo de exploração para as classes populares. Instituições como a separação de corpos ou a correção paterna se “democratizaram” ao longo do século, sobretudo graças ao desenvolvimento da assistência judiciária.

Por meio de toda uma série de canais, o Código Napoleônico foi integrado às mentalidades do século XIX. Traduzido para o latim, foi posto em versos em pelo menos três ocasiões e deu ensejo a trabalhos de mnemotécnica. Sua vulgarização foi tentada por meio de um sem-número de manuais para uso dos proprietários, dos eclesiásticos ou das mulheres. “Por quase nada, fique sabendo como e por que aquilo que é seu é seu” – prometia um daqueles pequenos códigos “ao alcance de todos”. Se considerarmos também as representações iconográficas, não será exagero dizer que o Código Napoleônico foi “popular”, de acordo com a observação do jurista alemão Gierke. Até os anos 1900, as declarações favoráveis ou contrárias ao Código Civil são testemunho de sua presença na memória coletiva e do lugar que ocupava no patrimônio nacional. Em 1901, Jaurès retoma a expressão “código burguês” – na moda graças a um jurista conservador, Émile Glasson – e ainda encontra méritos naquela “lei de igualdade doméstica”. Embora as militantes feministas queimem o Código Napoleônico ao pé da coluna Vendôme em 1904, os festejos oficiais do centenário são ocasião para exaltar o “livro da razão” da nação francesa (Albert Sorel).

#### **Flexibilidade do Código Civil**

No *Livro do Centenário*, Saleilles ressaltava a “flexibilidade” do código, como uma de suas qualidades essenciais e um fator de perenidade. Bigot de Préameneu queria guardar o Código Civil numa “espécie de arca santa”, e Napoleão teria exclamado: “meu Código está perdido!” quando da leitura de um dos primeiros comentários. No entanto, o código rapidamente passou por emendas e prestou-se a reformas legislativas sucessivas. Até os anos 1880, essas modificações só afetaram um pequeno número de artigos, cerca de 130. No entanto, imprimiram inflexões diferentes ao texto primitivo. Ao criar os morgados, o próprio Napoleão pôs a mão num artigo do código e transformou o equilíbrio do direito sucessório. A abolição do divórcio em 1816 representou um choque mais

importante ainda, apesar de as edições posteriores do código terem mantido em seu lugar artigos que serviam à separação de corpos. Quer se encare essa lei como a consagração de uma evolução restritiva já afirmada em 1804, quer como a diminuição da parcela revolucionária da codificação, não se deve negligenciar as transformações provocadas por tal amputação. As leis de 1819 sobre o direito de reversão em favor do soberano da sucessão dos estrangeiros mortos em seu território, as de 1826 sobre as substituições, as de 1832 sobre as dispensas de casamento, as de 1850 sobre a publicidade dos contratos de casamento ou a contestação de paternidade podem parecer mais técnicas, mas contribuem também para retocar a fisionomia política do Código Civil.

O Segundo Império acelerou essas primeiras adaptações do código às novas realidades da economia ou da sociedade: a supressão da morte civil (1854), a organização da publicidade imobiliária (1855), a revogação do artigo 1.781 (reduzido ao estado de número) fazem parte de um movimento geral de “liberalização” do direito francês. A III República prossegue essa atualização no campo familiar, principalmente com o restabelecimento do divórcio (1884), o aumento dos direitos sucessórios dos filhos naturais (1896) e a admissão da investigação da paternidade (1912). O Código Civil integra facilmente essas reformas porque elas são feitas com prudência, e outras transformações do direito privado – como a Lei de 1889 sobre a perda da autoridade paterna ou a de 1898 sobre os acidentes de trabalho – se desenrolam fora do texto do código. Conforme pressentia Portalis, o Código Napoleônico foi objeto de um trabalho de reinterpretação da jurisprudência e da doutrina. As decisões judiciais, particularmente as da Corte de Cassação, modificaram de maneira bem precoce a aplicação das disposições do código. Já nos anos 1815-30, o regime do dote mobiliário ou a instituição do mandato tácito foram extraídos do antigo direito para “completar” o código. Algumas décadas mais tarde, os juízes passam a admitir a adoção dos filhos naturais, sobre o que o código nada dizia, e a legitimação de certos filhos incestuosos, o que contrariava claramente a letra da lei. Não foi preciso esperar os últimos anos do século para que os tribunais estendessem considera-

velmente o alcance do artigo 1.382 para aplicá-lo aos prejuízos sofridos pela mãe solteira dolosamente seduzida, pelo comerciante vítima de concorrência desleal ou pelo operário ferido num acidente de trabalho. Esses construtos jurisprudenciais não seguem todos na mesma direção, e seria falacioso falar de uma jurisprudência progressista que tinha como único objetivo atenuar os rigores do Código Civil para torná-lo mais adequado às aspirações das novas camadas sociais. Há muitos casos em que as decisões emanadas de magistrados – todos homens, proprietários e, aparentemente, fiéis ao regime vigente – têm a marca do conservadorismo: não se pode dizer que a jurisprudência do século XIX foi muito favorável às mulheres! No entanto, essas audácias jurisprudenciais trazem a marca do espírito ambiente: os juízes também instilaram em pequena dose liberalismo no Código Civil.

A sacralização do código foi durante muito tempo responsabilizada pela esterilização da ciência do direito civil na França: a codificação teria produzido o método exegético, com tudo que ele supõe de reverência para com o texto e de falta de originalidade. As pesquisas dos últimos anos modificaram essa visão redutora dos comentadores do Código Civil. Não só o conformismo dos professores do Código Napoleônico se deve mais às injunções do ensino do que à própria codificação, como também a doutrina francesa participou da “releitura” do código ligada às grandes correntes de pensamento do século XIX. Acentuando o absolutismo do direito de propriedade e exaltando a liberdade contratual, a doutrina viu no código o triunfo do individualismo liberal, a ponto de transportar para ele a ideia de autonomia da vontade, totalmente estranha ao espírito dos codificadores. Como as fórmulas do código se prestavam a esse jogo, o projeto de substituição do Código Napoleônico, considerado por certo período no início do século XX, não teve resultado. Por acaso a revisão não fora feita ou não estava sendo feita por meio daquela constante atualização por parte da legislação, da jurisprudência e da doutrina?

#### **Do século XX ao XXI, recodificação ou descodificação**

A simbiose entre o Código Civil e o povo francês parece ter desaparecido durante o sécu-

lo XX. No período entre as duas guerras mundiais, o código continuou “envelhecendo”, em virtude da timidez das reformas legislativas; foi preciso esperar 1938 para a abolição do poder marital, e a qualificação de “Código da família”, costumeiramente atribuída ao Decreto-lei de 29 de julho de 1939, demonstra progressos da descodificação. Não é de surpreender que a elaboração de um novo código tenha estado na ordem do dia durante a Liberação. E, se a comissão de reforma do Código Civil, instalada em 1945, não conseguiu ir além de um tímido anteprojeto, as causas desse fracasso devem ser buscadas nas fraquezas da IV República. O Código Napoleônico foi salvo pelas grandes reformas do direito de família votadas de 1964 a 1975. Por inspiração de Carbonnier, o Código Civil sofreu uma reformulação quase completa em seu livro primeiro, enquanto os livros II e III subsistiam no essencial, sob novas luzes. Essa renovação, que respeitou o máximo possível a numeração contínua introduzida em 1804, dava aos franceses a impressão de que conservavam o seu Código Civil, ao mesmo tempo que lhes dava o benefício de um novo direito das pessoas.

Aproveitando esse impulso, o legislador continuou inserindo no Código Civil textos inovadores sobre a família – em 1985, 1987 e 1993 – e depois sobre o corpo humano e a bioética (1994). O direito à nacionalidade, que saíra do código em 1927, a ele voltou em 1993. Assim “revitalizado”, o Código Civil parece pronto para enfrentar o século XXI, com cerca de 1.200 artigos intocados desde Napoleão. Não faltam argumentos para denunciar o caráter artificial dessa “recodificação tranquila”. As últimas reformas teriam mais marcas de uma agitação legislativa do que da segurança jurídica esperada de um código. Correspondendo a orientações diversas, esses textos votados sem espírito de sistema prejudicariam a homogeneidade do Código Civil, reduzido a uma “coleção de leis ordinárias”. A imutabilidade aparente dos livros II e III já não teria sentido em face da proliferação dos códigos novos – como o Código do Consumidor (1993) – e da legislação especial. Mesmo a inserção da nacionalidade e da bioética não poderia esconder o primado do direito constitucional sobre as regras do Código Civil. A recodificação é alvo das críticas mais

veementes dos defensores do direito "vivo", jurisprudencial ou doutrinário, e dos partidários de um direito comum europeu.

Ainda é possível defender a causa do Código Civil. Menos afetado pela descodificação que o Código italiano de 1942, o Código francês está mais implantado na mentalidade nacional do que o BGB. Os debates sobre a união civil confirmaram o valor simbólico da entrada de uma instituição nova no Código Civil. Na União Europeia, a marcha rumo a um direito civil único ainda parece longa, e as ideias federativas não são inconciliáveis com a manutenção de legislações nacionais específicas, em especial no que tange ao direito das pessoas e à nacionalidade. Enquanto o direito europeu enfrenta dificuldades de aculturação junto às populações envolvidas, não é garantido que o desaparecimento dos códigos nacionais seja politicamente realista. Assim como no século XIX, o calor dos debates entre partidários e adversários da codificação é reflexo do alcance das escolhas que devem ser feitas. O Código Civil continua com sua força de direito positivo e com toda a riqueza de sua história. Napoleão não estava errado ao ver nele a sua "criação" mais duradoura. O historiador, incapaz de prever o futuro, só pode fazer uma constatação: a França terá abandonado o franco e, com ele, uma soberania monetária bem mais antiga que o franco germinal, antes de renunciar ao Código Civil.

▶ ARNAUD A.-J., *Les Origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969. – CARBONNIER J., "Le Code civil", in P. Nora (org.), *Les Lieux de mémoire. La Nation*, Paris, 1986, t. II, pp. 293-315. – CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milão, 1998. – HALPÉRIN J.-L., *L'Impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992. – MARTIN X., *Nature humaine et Révolution française*, Bouère, 1994. – NIORT J.-Fr., "Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon", *Archives de philosophie du droit*, 1992, pp. 101-19. – POUCHON J.-M., *Le Code civil*, Paris, PUF, 1992.

Ver também: ARNAUD A.-J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1969. – BÜRGE A., *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1995. – HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996; *Le Code civil*, Paris, 1996. – MARTIN X., "À tout âge? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1992, pp. 227-301. – SOLIMANO S., *Verso il Code Na-*

*poléon*, Milão, 1998. – Col.: *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, 1904, reprint. 1992, 2 vol. – *La Codification I, II et III, Droits*, n° 24, 26 e 27, 1996-98.

Jean-Louis HALPÉRIN  
→ Codificação; Direito comum; Escola do direito natural moderno e racionalismo jurídico; Exegese.

## CÓDIGO NEGRO

Trata-se da "ordenança referente à administração das ilhas da América", de março de 1685. Louvois presidiu sua redação com base no inquérito solicitado por Colbert às autoridades coloniais das Antilhas (intendente, governador, conselhos superiores). Tomado em sentido lato, no século XVIII o termo designa o conjunto da legislação relativa aos escravos.

A criação de plantações nas Antilhas foi feita de início principalmente com mão de obra europeia. Para pagar a travessia, os "contratados" brancos trabalhavam três anos para os colonos, antes de tentarem tornar-se plantadores. A principal cultura era então a do tabaco, em pequenas e médias propriedades. Mas a quantidade insuficiente desses contratados logo ensejou o emprego de escravos importados da África por um custo bem menor. Até os anos 1660, seu número foi limitado. Em 1660, havia na Martinica apenas 2.642 negros para 2.489 brancos. Os senhores administravam esse capital servil. Os contratados brancos tinham tratamento bem mais duro que os negros. As coisas mudaram com a monocultura açucareira, geradora de grandes plantações que exigiam mão de obra numerosa. Os donos de plantações optaram então pelo escravo negro, e não pelo contratado branco, quantitativamente insuficiente e mais oneroso. Martinica, Guadalupe e São Cristóvão, aliás, apenas seguiram o exemplo das Antilhas inglesas. Em 1700, havia na Martinica 15 mil escravos para uma população branca de 6.300 pessoas. O fenômeno se ampliou no século XVIII, quando São Domingos se tornou a grande ilha açucareira francesa.

Constatando o desenvolvimento da escravidão nas Antilhas, a ordenança de 1685 fixou o

estatuto dos escravos. Essa foi, aliás, a política de todos os outros Estados europeus com costa para o Atlântico, a começar pela Inglaterra. O direito romano foi a referência básica dos redatores do Código Negro. Nem por isso a condição jurídica do escravo das Antilhas francesas foi a mesma da do escravo antigo. O legislador de 1685 estava animado por fortes preocupações religiosas (garantir a cristianização do escravo, sua inserção na comunidade cristã, oferecer-lhe a possibilidade de casar-se, de ter família), e pela preocupação correlata de melhorar a sorte do escravo, limitando a arbitrariedade dos senhores e fixando suas obrigações para com aquele. Desse modo, o Código Negro representa uma conciliação entre a lógica escravagista dos senhores e uma lógica protetora decorrente da inspiração cristã da realeza. O resultado é que, na codificação de 1685, o escravo é ora considerado uma coisa, em vista do modelo reificador do escravo no direito romano, ora considerado uma pessoa, sobretudo no campo religioso e familiar, bem como na reivindicação de respeito aos deveres de seu senhor para com ele.

A ordenança de 1685 contém 60 artigos. Os 12 primeiros são relativos aos aspectos religiosos e familiares. O escravo devia ser batizado, e as autoridades (governador e intendente) deviam cuidar disso (art. 2º). Os capatazes (geralmente negros), que comandavam os escravos, deviam ser católicos (art. 4º). Seus senhores não deviam obrigá-los a trabalhar aos domingos e feriados (art. 6º). O concubinato de um homem livre com uma escrava era punido com pesada multa, exceto se ele não fosse casado e se casasse com a escrava, com o que ela e os filhos eram alforriados (art. 9º). As regras relativas ao casamento eram iguais para os escravos e para os homens livres, com a diferença de que o consentimento dos pais era substituído pelo consentimento do senhor (art. 10). Se cada membro de um casal de escravos pertencesse a senhores diferentes, os filhos deveriam pertencer ao senhor da mulher (art. 12). Se um escravo se casasse com uma mulher livre, ou um homem livre com uma escrava, a condição dos filhos seguiria a condição da mãe (art. 13). Os senhores eram obrigados a mandar inumar seus escravos batizados "em terra santa nos cemitérios" (art. 14).

Vem em seguida certo número de regras de polícia, cujo objetivo era manter a ordem e prevenir roubos. Os escravos, exceto os que eram mandados à caça por seus senhores, não tinham o direito de portar arma ofensiva nem bastões de grandes dimensões (art. 15). Suas aglomerações eram proibidas (art. 16). Eram excluídos da comercialização da cana-de-açúcar (art. 18), e só podiam vender outras mercadorias com permissão expressa do senhor (art. 19).

O senhor tinha a obrigação de sustentar seus escravos. Eram fixadas rações alimentares (art. 22) e as roupas que ele devia lhes dar (art. 25). Caso não cumprisse essas obrigações, os escravos podiam dirigir-se ao procurador geral, que também podia agir de ofício; por solicitação sua, os senhores eram processados sem custas, regra geral que o rei impõe "para os crimes e tratamentos bárbaros e desumanos infligidos pelos senhores a seus escravos" (art. 26). Os escravos idosos, doentes ou inválidos deviam ser "alimentados e sustentados por seus senhores"; na falta disso, seriam recolhidos ao hospital, e os senhores seriam condenados a pagar seis soldos por dia para sua alimentação e sustento (art. 27).

Em matéria civil, o escravo não tinha o direito de propriedade e nada podia transmitir, nem entre vivos, nem por sucessão (art. 28), mas podia possuir um pecúlio, com permissão do senhor (art. 29), o que possibilitava a obtenção de alforria por certos escravos. O escravo não podia exercer função pública, e seu testemunho em juízo servia apenas de indicação para o juiz, não constituindo prova nem na justiça civil nem na criminal (art. 30). Ele não podia participar de processo civil ou criminal, mas o senhor podia agir em juízo, caso considerasse útil, para obter reparação ou punição por dano causado a seu escravo (art. 31).

No que diz respeito às disposições penais do Código Negro, a agressão física contra o senhor ou sua família era punida com a morte (art. 33). A agressão contra algum outro homem livre também podia ter a mesma punição (art. 34). Os roubos qualificados, praticados por escravos ou alforriados, davam ensejo a penas corporais que podiam chegar até a morte (art. 35). Os roubos menos graves, praticados por escravos, tornavam seus autores passíveis de vergastadas (art. 36). O escravo fugido (*mar-*

ron) é punido com a morte na segunda reincidência (art. 38). O senhor dispunha de um direito de castigo que lhe facultava mandar agrihoar e vergastar os escravos que considerasse culpados, mas era-lhe proibido mutilá-los ou torturá-los, “sob pena de confisco dos escravos e de sofrer processo extraordinário” (art. 42). Em caso de morte de um escravo em decorrência de maus-tratos ordenados por um senhor ou um capataz, a justiça régia deveria “processá-los criminalmente”, mas com o poder de absolvê-los “caso seja cabido” (art. 43). É oficializada a natureza de “móvel” do escravo (art. 44). Eles podiam ser objeto de confiscos e vendas (art. 46). No entanto, o casal e os filhos pequenos que se encontrassem em poder de um mesmo senhor não podiam então ser separados (art. 47).

A partir da idade de 20 anos (portanto, ainda na minoridade), um senhor tinha o poder de alforriar seus escravos (art. 55). O escravo que fosse transformado por seu senhor em seu legatário universal, executor testamentário ou tutor de seus filhos era considerado alforriado (art. 56). O escravo alforriado nas ilhas francesas não tinha necessidade de documentos de naturalização para tornar-se súdito do rei da França (art. 57). No entanto, era convidado a “nutrir singular respeito” por seu antigo senhor e sua família (art. 58). Além disso, numerosos artigos ficaram sem efeito prático. Os casamentos eram pouco frequentes, visto que os senhores os recusavam fora da plantação, e os escravos não queriam casar-se dentro de seus limites. A vida espiritual dos escravos era em grande parte teórica, por falta de uma adaptação religiosa suficiente e pelo pouco fervor de seus senhores. A justiça não reprimia com rigor os senhores torturadores ou assassinos, por medo de indispor os colonos. O Estado do Antigo Regime não era suficientemente poderoso para impor realmente respeito às regras protetoras dos escravos contidas no Código Negro.

► HAROUEL J.-L., “Le Code noir”, *Abolition de l'esclavage (Mythes et réalités créoles)*, Paris, 1998. – HESSE Ph., “Le Code noir et la définition juridique de l'esclavage”, *Actes du Colloque international pour le Tricentenaire du Code noir*, Nantes, 1985. – JAUBERT P., “Le Code noir et le droit romain”, *Histoire du droit so-*

*cial (Mélanges en hommage à Jean Imbert)*, Paris, 1989. – SALA-MOLINS L., *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, 1996.

Jean-Louis HAROUEL

→ Escravidão; Ordenanças (Grandes) do Antigo Regime.

## CÓDIGO PENAL (FRANCÊS)

A ideia de reunir num único *corpus* organizado de modo mais ou menos sistemático o conjunto das disposições legais referentes às incriminações e às penas constitui um prolongamento natural do princípio de legalidade: como apenas a lei pode ao mesmo tempo determinar as incriminações e as penas correspondentes, o melhor é apresentá-las num conjunto *único*, de natureza legislativa, que constitua a suma do direito penal e a referência *exclusiva* dos juizes encarregados de aplicá-lo. A bem da verdade, o princípio de unicidade (um único código) e de exclusividade (tudo no código, nada fora do código) caracteriza a codificação ideal; embora normalmente constitua o objetivo de todos os codificadores, foi bem difícil pô-lo em prática, pelo menos de maneira duradoura. A partir do fim do Antigo Regime, que nunca promulgou um *corpus* penal sistemático, a França passou, sucessivamente, por três códigos oficiais: os de 1791, 1810 e 1994. Aqui nos limitaremos essencialmente ao Código devido a Napoleão, que foi aplicado durante cento e oitenta e quatro anos, é verdade que à custa de numerosas adaptações. No entanto, é preciso mencionar, em primeiro lugar, seus precedentes, antes de cuidar de suas transformações ulteriores, até o código atual.

### O Código de 1791

Ao contrário do que às vezes se diz, o Código Penal adotado pela Assembleia Constituinte não foi uma novidade absoluta. Mesmo sem remontarmos às grandes ordenanças referentes a procedimentos judiciais, devidas a Carlos V (*Caroline*) ou a Luís XIV (ordenança de Saint-Germain-en-Laye), que ainda não correspondem à concepção moderna de codificação, pode-se dizer que houve um início de sistematização penal já no século XVIII: depois do Código bávaro de 1751 e o *Codex thesianus* austríaco de

1766, seguido pela *Constitutio thesiana criminalis* de 1769 (três textos de inspiração ainda tradicional), o grão-duque Leopoldo, adepto do Iluminismo, promulgara na Toscana a constituição *Leopoldina* e depois, ao se tornar o imperador Leopoldo II, o Novo Código Penal austríaco de 1787. Leopoldo fora marcado pelo famoso tratado de Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), bem como pelas novas ideias dos filósofos franceses. Mas caberia à Assembleia Constituinte pôr em prática, com mais repercussão, a doutrina penal do Iluminismo. Depois de fixar o regime das infrações municipais e correctionais na Lei de 19 e 22 de julho de 1791, a Assembleia adotou o primeiro “Código Penal” oficial entre 25 de setembro e 6 de outubro de 1791. Deve-se, porém, notar que esse código, por não integrar a Lei de 19 e 22 de julho anterior, só diz respeito aos crimes: mais que um código penal *stricto sensu*, o texto de 1791 é, pois, mais exatamente um código criminal. Quais são suas características?

De conformidade com a mensagem do Iluminismo, a nova lei penal começa por reduzir o campo das incriminações apenas aos atos considerados “lesivos” à nova sociedade laicizada. Desaparecem, portanto, do domínio penal todos os antigos delitos religiosos. Em seu *Relatório sobre o projeto de Código Penal*, Lapeletier anunciara nestes termos aquela despenalização maciça: “Assistireis, por fim, ao desaparecimento daquela multidão de crimes imaginários que engrossavam as antigas coletâneas de nossas leis. Nelas já não encontrareis aqueles grandes crimes de heresia, de lesa-majestade divina, de sortilégio e de magia [...] para os quais, em nome dos céus, tanto sangue manchou a terra.” De fato, o Código de 1791 deixa de incriminar as infrações à lei ou à moral propriamente religiosa, em particular o suicídio, a blasfêmia, o sacrilégio, a feitiçaria, a heresia, o adultério, a homossexualidade etc. Em compensação, o novo direito penal dedica grande espaço à repressão das infrações políticas, ou seja, à defesa das novas instituições públicas implantadas a partir de 1789. De um total de 150 incriminações, 82 são de natureza política – os ministros e outros “agentes do Poder Executivo” são particularmente visados (título I da II parte, seções 1, 2, 3 e 5). As outras incriminações (título II) referem-se aos atentados à moral “natural” (63 ca-

sos) ou a infrações econômicas (5 casos): está claro que a codificação penal depende, como sempre, de uma visão política global.

Quanto às penalidades, seu regime se insere no direito oriundo do Iluminismo e da Declaração dos Direitos do Homem. Não só as penas são iguais para todos, como também são estritamente pessoais; essa é a razão pela qual é abolido o confisco de bens. Mas a grande novidade é que as penas são absolutamente fixas. Por reação contra a arbitrariedade dos juizes do Antigo Regime, o novo direito penal passa a ter somente penas fixas, estritamente determinadas tanto em seu *quantum* básico quanto nos elementos agravantes, de que o código enumera uma lista limitativa. Assim, depois de indicar a duração precisa da prisão decorrente de dada infração, o Código Penal acrescenta: “A duração da pena imposta pelo presente artigo será aumentada de... anos para cada uma das circunstâncias seguintes, de que o referido crime tenha sido acompanhado.” O juiz, portanto, está privado de qualquer poder de apreciação; ele já não é o “árbitro” da pena, como antigamente, mas uma simples máquina tarifadora.

Para os Constituintes, assim como para os reformadores do Iluminismo, o primeiro fundamento das penas é sua utilidade social. Visto que é, em primeiro lugar, um exemplo, a pena deve ser pública. Em seu relatório, Lapeletier previa que as prisões deveriam ser abertas à população, para que a visão do culpado, “no estado penoso a que foi reduzido por seu crime, [ponha] na alma do povo uma instrução pública”. Contudo, esse objetivo de utilidade social alia-se ao desejo de favorecer a melhoria dos condenados. A preocupação de corrigir os culpados por meio da aplicação de penas melhoradoras não é realmente nova, pois inspirava desde muitíssimo tempo no direito penal canônico. Mabilion descrevera perfeitamente seu princípio, já em fins do século XVII, em suas *Reflexões sobre as prisões das ordens religiosas* (escritas em 1690 e publicadas em 1724). Mas essa é a primeira vez que tais princípios são aplicados ao direito penal laico. Para Lapeletier, de pleno acordo com os valores da época, é pelo trabalho que o detento poderá melhorar: “Vós o tornareis melhor se o tornardes laborioso.” Por outro lado, quem quiser realmente melhorar os condenados precisará dar-lhes alguma esperança