

I. INTRODUÇÃO

A Parte Geral do Código Civil normalmente inaugura o estudo de futuros bachareis em direito. Poucas são as faculdades que, em sua grade curricular, não lhe dedicam ao menos dois semestres; habitualmente, logo no primeiro ano. Não por acaso: construída em torno de um dos mais importantes conceitos jurídicos (a relação jurídica), ela fixa as categorias mais importantes do direito privado (em especial) e da ciência do direito (em geral).

Tais conceitos ou categorias nada mais são do que “*criteri di classificazione, forme, determinazioni generali che ci consentono di pensare le cose e quindi di intenderle*”¹, “*strumenti essenziali del nostro procedimento argomentativo*”² ou “*il primo specchio del modo di ragionare dei giuristi*”³.

Em outros termos, a Parte Geral acaba por fixar as noções fundamentais de uma teoria geral do direito subjetivo e, eventualmente, também de uma teoria geral do direito objetivo (como se verá, há uma variação de conteúdo entre os vários modelos de Partes Gerais existentes atualmente no mundo⁴). Impossível conceber-se o estudo minimamente sério de muitas das demais disciplinas do curso de direito sem ela: funciona, portanto, como um pré-requisito “oficioso” delas.

Pode-se discutir se disciplinas como “Filosofia do Direito”, “Sociologia Jurídica”, “Economia”, “Lógica Jurídica” etc. (apesar de seu nítido caráter propedêutico) são mais adequadamente estudadas no início, no meio ou no final do curso (há uma grande oscilação a respeito). Contudo, ninguém seriamente questiona se o estudo da Parte Geral do Código Civil deve ser feito em momento outro que não no início do curso.

Seria muito simplista dizer que isso ocorre simplesmente porque o curso de “Direito Civil” normalmente se estende por vários semestres ao longo dos anos de preparação dos bacharelados e porque a matéria se situa

¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 11.

² N. LIPARI, *Le categorie* cit. (nt. 1), p. 26.

³ N. LIPARI, *Le categorie* cit. (nt. 1), p. 27.

⁴ Cf. em especial os itens X e XI.3 *infra*.

“topograficamente” no início do Código Civil.

Ela se insere no começo do curso por conta da sua importância em si. Como estudar-se o Direito Processual Civil, o Direito Empresarial, o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo, o Direito do Trabalho etc. sem se conhecer minimamente as ideias de pessoa física, personalidade, capacidade, pessoa jurídica, domicílio, bens, negócios jurídicos, representação, ato ilícito, abuso de direito, prescrição, decadência etc. (só para citar uns poucos exemplos)?

Estudar e compreender os conceitos-chave da Parte Geral é fundamental. E a eles se dedicam hoje invariavelmente os primeiros volumes de um incontável número de manuais de direito civil. Não obstante, a quase totalidade deles não explicita como se constitui e como se constituiu o sistema civilístico atual; no que consiste e qual a conveniência de uma Parte Geral nesse sistema, como uma síntese entre teoria e história⁵ (os manuais, em uma quase unanimidade, quando o fazem, só tangenciam essas questões). Os juristas se valem de suas categorias fundamentais ignorando “*i meccanismi formativi, la struttura concettuale*”⁶.

São pontos que não podem ser ignorados ao se constatar que o sistema adotado pelo legislador de 2002 é simplesmente um dentre vários possíveis e que ele “não é de per si vinculante”, sendo “sempre possível e até imprescindível modificá-lo em nome do dever de ajustamento à matéria da lei”⁷.

E são questões que só podem ser abordadas dentro de uma perspectiva diacrônica⁸, na medida em que todo arranjo lógico tem certo “caráter fortuito, só historicamente possível e só historicamente inteligível”⁹ (a perda da “*ineliminabile dimensione diacronica*” das categorias jurídicas funciona como “*strumento di chiusura statica del sistema*”¹⁰).

Esse é o tema do presente estudo, que pretende de algum modo colaborar para a integração dessa lacuna. Procurar-se-á, em linhas gerais,

⁵ Para esse último aspecto, cf. N. LIPARI, *Le categorie* cit. (nt. 1), p. 34.

⁶ N. LIPARI, *Le categorie* cit. (nt. 1), p. 3.

⁷ O. CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*, 2ª ed., Coimbra, Centelha, 1981, p. 50.

⁸ N. LIPARI, *Le categorie* cit. (nt. 1), p. 5.

⁹ O. CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica* cit. (nt. 7), p. 56.

¹⁰ N. LIPARI, *Le categorie* cit. (nt. 1), p. 33.

II. CÓDIGO CIVIL COMO CENTRO-REFERÊNCIA DE UM SISTEMA

1. Código como uma não-necessidade

Nem todo sistema jurídico tem um Código Civil como centro-referência do seu direito privado¹¹. Esse é um fato sobre o qual não deve pairar dúvida: mesmo se considerarmos somente os países do sistema romano-germânico, observa-se que há países sem essa espécie de texto jurídico.

Tal ocorre não tanto por conta de um juízo negativo de conveniência acerca dele, mas por conta da dificuldade prática de elaborá-lo. Não por acaso, na grande maioria dos países que contam hoje com Códigos Cíveis, o processo de elaboração deles foi muito demorado, por vezes se arrastando por muitas décadas.

Ambos os Códigos Cíveis brasileiros (de 1916 e de 2002) são exemplos disso¹² (o primeiro dos quais promulgado quase cem anos após a independência do país e a determinação, na Constituição do Império de 1824, de que dever-se-ia organizar o “quanto antes um Código Civil”¹³). O caso do BGB (Código Civil alemão), um dos modelos de maior repercussão ao interno do sistema romano-germânico, não foi diverso. Exceções normalmente só seriam possíveis em regimes políticos de grande concentração de poder (normalmente não democráticos¹⁴).

¹¹ R. ZIMMERMANN, *Codification: history and present significance of an idea – à propos the recodification of private law in the Czech Republic*, in *European Review of Private Law* 3 (1995), p. 110.

Sobre o Código como “elemento centralizador do sistema jurídico”, cf. F. S. ANDRADE, *Da codificação – crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 153 e ss.

¹² Cf. itens VIII e IX *infra*.

¹³ CI/1824, art. 179, XVIII.

¹⁴ Exemplo do *Codice Civile*, de 1942 (embora não tenha sido tenha havido grande debate desde a promulgação do primeiro Código Civil italiano, em 1865 – *Codice Pisanelli*).

Vale igualmente lembrar que o atual Código Civil brasileiro é fruto de um projeto

A urgência em se aprovar esse complexo texto jurídico faz mesmo, por vezes, que se promulgue suas partes em momentos sucessivos (como ocorreu na Rússia, ao longo de mais de uma década¹⁵, e está ocorrendo atualmente na China, cuja primeira parte de seu Código Civil teve início de vigência em outubro de 2017). Tal escolha não é de todo conveniente, pois a distância de anos entre a elaboração e promulgação de cada uma das partes pode ocasionar uma quebra da unidade sistemática do texto (com inúmeras consequências tanto teóricas quanto práticas).

Seja como for, admitido que os códigos não são fundamentais (ou seja, são uma não-necessidade¹⁶), precisa-se verificar porque eles são tidos por tão convenientes. É, pois, importante delimitar o que consiste um “código” em geral, para depois se poder perquirir acerca de seu sistema (e, daí, discutir o problema da conveniência ou não de uma Parte Geral¹⁷).

2. Origem do sentido jurídico do termo “código”

Não há dúvida que o termo “código” em língua portuguesa deriva do latim “*codex*” e que é absolutamente de uso corrente há muito tempo (amplamente documentado desde os primeiros livros modernos impressos no século XV, inclusive no sentido de “coleção de leis”¹⁸). Não se pode, porém, confundir o sentido atual com o antigo.

2.1. Origem latina

Na origem latina do termo, havia uma nítida confusão entre “*codex*” e “*caudex*”¹⁹, ambos indicando ora o caule (tronco) de uma árvore (ou um pedaço de madeira ou uma árvore em si), ora um “livro”²⁰.

apresentado no meio do período da ditadura militar (na década de 1970).

¹⁵ Entre os anos de 1994 e 2006 – cf. item X.4 *infra*.

¹⁶ Evita-se, propositadamente, o termo “desnecessário”, como antônimo de “necessário”, porque aquele normalmente traz em si a ideia de “não conveniência” (“inutilidade”).

¹⁷ Item XI *infra*.

¹⁸ Cf. A. G. CUNHA, *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982, p. 192; A. HOUAISS, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 752.

¹⁹ A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine – Histoire de mots I*, 3ª ed., Paris, Klincksieck, 1951, p. 233.

²⁰ Outros sentidos em P. G. W. GLARE (ed.), *Oxford latin dictionary*, 2ª ed., London,

III. PARTE GERAL COMO UMA OPÇÃO LEGISLATIVA

1. Principais modelos europeus de Códigos Civis

Nem todo Código Civil apresenta um sistema caracterizado pela subdivisão de toda matéria em dois grandes blocos: Parte Geral e Parte Especial. Contudo, enquanto os Códigos Civis são absolutamente recorrentes em experiências de *civil law* (podendo mesmo ser considerados um ponto comum delas¹²¹), as Partes Gerais tendem a existir somente em sistemas inspirados no modelo¹²² alemão¹²³.

No BGB, que foi promulgado em 1896¹²⁴ e amplamente reformado em 2001, os seus 2.385 parágrafos (equivalente alemão aos nossos artigos) são divididos em cinco livros, que abrangem as seguintes matérias¹²⁵:

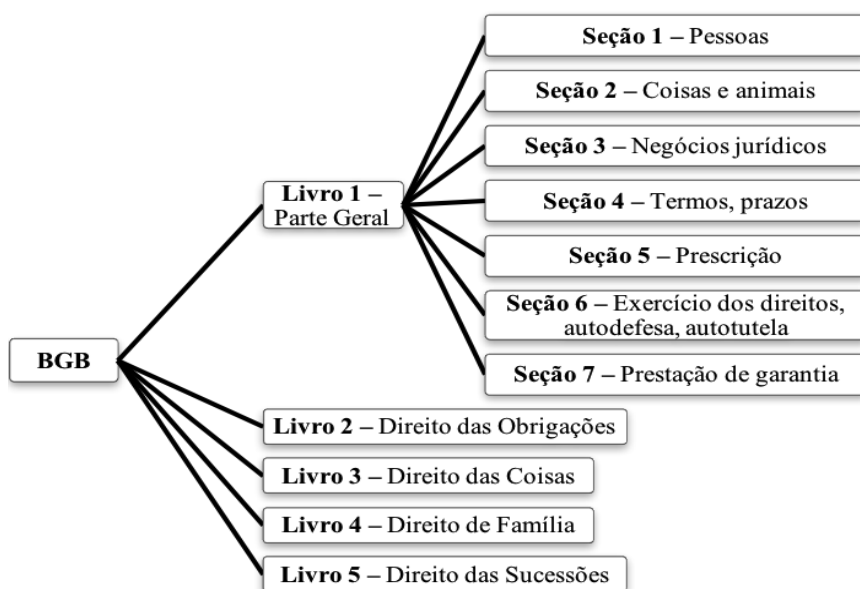
¹²¹ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, UTET, 2002, p. 283 e ss.

¹²² O termo “modelo” é empregado aqui no sentido que lhe dá P. RESCIGNO, *La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latino-americano*, in *Codici – Storia e geografia di un’idea*, Roma, Laterza, 2013, p. 170.

¹²³ Não há dúvida que essa é uma das maiores peculiaridades do sistema do BGB (que foi inovador nesse ponto) – R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1974, p. 89.

¹²⁴ Para uma visão geral do contexto de sua elaboração, cf. J. MARTINS COSTA, *A boa-fé no direito privado* cit. (nt. 62), p. 207 e ss. e p. 226 e ss.; F. S. ANDRADE, *Da codificação* cit. (nt. 11), p. 83 e ss.

¹²⁵ Por conta do objeto do presente estudo, indicar-se-ão neste e nos esquemas subsequentes somente as principais subdivisões (quando existentes).



À parte o BGB, os dois outros Códigos Civis europeus que mais influenciaram (e influenciam) a elaboração de Códigos em outros países¹²⁶ (*Code Civil*¹²⁷ e *Codice Civile*¹²⁸) não apresentam Partes Gerais, sendo que um deles é décadas posterior à entrada em vigor do BGB (*Codice Civile*) – ou seja, nesse caso, não se pode alegar (como no francês) que a ideia era ainda desconhecida pelo legislador. Tratou-se de uma opção legislativa.

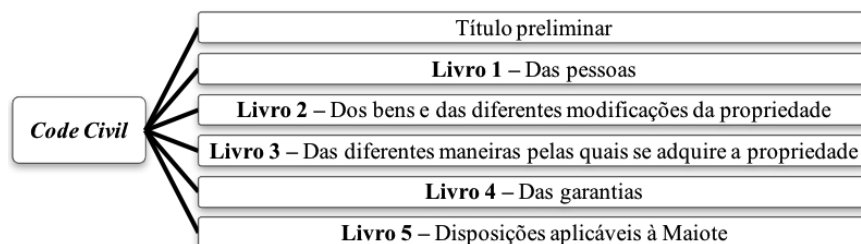
¹²⁶ Evidente, contudo, que, do ponto de vista da formação do *civil law* atual, as duas mais “significativas influências” foram a francesa e a alemã – O. L. RODRIGUES JUNIOR, *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neconstitucionalismo e dos princípios*, in *Meritum* 5 (2010), p. 14.

Alguns incluem, dentre esses modelos, o ABGB austríaco (de 1811) – G. ALPA – M. ANDENAS, *Fondamenti* cit. (nt. 50), p. 98.

¹²⁷ França – 1804.

¹²⁸ Itália – 1942.

O *Code Civil*, por exemplo, em vigor desde 1804¹²⁹, tem atualmente a seguinte estrutura:



Já o *Codice Civile*, promulgado durante o regime fascista, tem um sistema significativamente diverso¹³⁰, embora também sem uma “Parte Geral” (e com algumas opções sistemáticas em comum):



Dentre os principais Códigos Civis europeus, aquele que mais seguiu o modelo alemão foi o segundo Código Civil português, promulgado

¹²⁹ Para uma visão geral do contexto de sua elaboração, cf. J. MARTINS COSTA, *A boa-fé no direito privado* cit. (nt. 62), p. 186 e ss.; F. S. ANDRADE, *Da codificação* cit. (nt. 11), p. 71 e ss. Dos Códigos indicados neste item, o francês foi aquele que mais recentemente sofreu uma significativa mudança no seu sistema. De fato, apesar de a divisão em livros ter se mantido, houve uma ampla reforma de três importantes títulos do Livro 3 (artigos 1.100 a 1.386-1), que acabaram por instituir, no plano legislativo, uma “teoria geral das obrigações”: Título III – “Das fontes das obrigações”, Título IV – “Do regime geral das obrigações”, Título IV bis – “Da prova das obrigações”. A mudança é relevante, tendo em vista que o direito das obrigação é a “*colonne vertébrale du droit privé*” – B. FAGES, *Droit des obligations*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 2017, p. 29.

¹³⁰ Genericamente, cf. G. ALPA, *La cultura delle regole – Storia del diritto civile italiano*, Roma, Laterza, 2009, p. 304.



Do ponto de vista da distribuição dos três conceitos-chave, o primeiro (*persona*) ocupa o livro 1 (com uma parte inicial sobre o direito e suas fontes); o segundo (*res*) o livro 2, o 3 e a parte inicial do livro 4; o terceiro (*actio*) somente a parte final do livro 4. Mais uma vez, há certa aleatoriedade na distribuição de temas entre os livros.

Uma inserção interessante nas Institutas de Justiniano (com relação às de Gaio) é a justificativa do tratamento em primeiro lugar das *personae*: “tratemos em primeiro lugar das pessoas; pois pouco vale conhecer o direito se forem ignoradas as pessoas, em função das quais ele foi criado”¹⁹¹, afinal o ser humano é a “*dignissima creaturarum*” (Acúrsio¹⁹²). Clara antecipação de concepções da civilística do século XIX e XX.

¹⁹¹ Inst. 1, 2, 12: “*ac prius de personis videamus; nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*”. Essa prioridade topográfica das pessoas é ainda recorrente em Códigos Civis contemporâneos, como o brasileiro – cf. V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado notarial e registral II – Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais*, São Paulo, YK, 2017, p. 56.

¹⁹² ACÚRSIO, *Institutionum*, Lyon, Fehi, 1627, c. 25, nt. “h”.

V. SISTEMATIZAÇÃO DAS FONTES ROMANAS PELOS FRANCESES NO SÉCULO XVIII: POTHIER

1. Contexto da obra de Pothier

A tricotomia das Institutas (de Gaio e de Justiniano) indicou “*le categorie giuridiche fondamentali del diritto occidentale*”²⁰¹ e influenciou de modo diverso os dois Códigos Civis europeus que mais serviram de modelo para outras codificações (*Code Civil* e BGB).

No alemão (BGB)²⁰², ela é a base da Parte Geral (em especial as categorias *persona* e *res*) do ponto de vista da adoção de categorias gerais equivalentes (“pessoa” e “coisa”), sendo o conteúdo das Institutas, em regra, muito mais detalhado do que o da Parte Geral (elas abordam categorias e institutos jurídicos que só encontram correspondente na Parte Especial do BGB).

Ademais, no século XIX (portanto, antes do BGB), houve a retomada da utilização das Institutas como uma introdução ao estudo do direito (em especial no meio acadêmico alemão), com reflexos inclusive no Brasil (que também se encontrava em um momento pré-codificador). Veja-se, por exemplo, que a primeira obra didática de direito romano produzida por um professor da primeira faculdade de direito brasileira era simplesmente uma edição das Institutas de Justiniano, justificando o autor a importância da obra como uma introdução aos conceitos gerais do direito (ele havia feito o seu doutorado em Leipzig)²⁰³.

²⁰¹ U. VINCENTI, *Categorie* cit. (nt. 165), pp. 13 e 15.

²⁰² Este e os itens seguintes (itens V, VI e VII *infra*) serão centrados na realidade francesa e alemã porque elas são os dois “paradigmas do modelo sistemático do tipo fechado” – J. MARTINS COSTA, *A boa-fé no direito privado* cit. (nt. 62), p. 178.

²⁰³ E. FERREIRA FRANÇA, *Institutionum D. Iustiniani libri IV in usum Academicarum brasiliensium*, Leipzig, Brockhausius, 1858, p. VII e ss. Apresentava, ademais, um programa para a disciplina (p. 317 e ss.), que nunca foi adotado pela faculdade (era composto de quatro partes: I- *Encyclopaedia et methodologia iuris*, II- *Historia fontium iuris romani*, III- *Ius actionum et processus civilis*, IV- *Institutiones iuris civilis romani*).

Já no francês, ela (a tricotomia gaiana) é a base de todo sistema (e não somente de uma parte dele), como se percebe do próprio título dos três principais livros do *Code Civil*: “des personnes” (livro 1º), “des biens et des différentes modifications de la propriété” (livro 2º) e “des différentes manières dont on acquiert la propriété” (livro 3º). Seria, por isso, o *Code Civil* “mais romano” até mesmo que o BGB²⁰⁴ (ao menos do ponto de vista sistemático).

Trata-se de um sistema que já vinha se delineando desde os primeiros projetos do *Code Civil* e que se “inspira” em POTHIER (“pai”, ou um dos “pais”²⁰⁵, desse código)²⁰⁶ e, em parte, em DOMAT (outro dos “pais” do *Code*)²⁰⁷: ambos deram a base metodológica que foi seguida pelos codificadores (décadas após a morte de ambos)²⁰⁸.

Pode-se dizer que à POTHIER deve-se mais o sistema que fundou a codificação e à DOMAT o método de absorver o espírito e a substância dos textos para extrair deles princípios gerais²⁰⁹ (assim, atendia-se a um dos problemas centrais das codificações – a questão da unificação das fontes do direito²¹⁰).

Especificamente quanto à POTHIER, provavelmente sua

A disciplina propriamente dita (Direito Romano), havia sido implantada alguns anos antes (em 20 de agosto de 1854) e era regida desde então pelo Conselheiro João Chrispiniano Soares (até 1871).

Acerca da importância daquela obra, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império*, in *Estudos de direito romano*, Brasília, Senado Federal, 2009, pp. 263 e 276. Para outro aspecto da influência alemã na formação do direito brasileiro do século XIX, cf. B. HERZOG, *The reception of Savigny's methodology* cit. (nt. 134), p. 284 e ss.

²⁰⁴ R. ZIMMERMANN, *Roman law and european culture* cit. (nt. 186), p. 253.

²⁰⁵ P. MALAURE, *Pothier dans la doctrine et la jurisprudence du XX^e siècle*, in J. Monégér – J.-L. Souriaux – A. T. Fougères (org.), *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris, Economica, 2001, p. 81.

²⁰⁶ E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile – Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2000, p. 64.

²⁰⁷ F. TERRÉ, *Rapport de synthèse*, in J. Monégér – J.-L. Souriaux – A. T. Fougères (org.), *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris, Economica, 2001, p. 161.

²⁰⁸ A eles poder-se-iam juntar também R. DESCARTES e S. PUFENDORF – cf. J. MARTINS COSTA, *A boa-fé no direito privado* cit. (nt. 62), p. 180.

²⁰⁹ J. G. LOCRIÉ, *Esprit du Code Napoléon I*, Paris, Imprimerie Impériale, 1805, p. 19.

²¹⁰ J. MARTINS COSTA, *A boa-fé no direito privado* cit. (nt. 62), p. 146.

VI. SISTEMATIZAÇÃO DAS FONTES ROMANAS PELOS ALEMÃES ATÉ O SÉCULO XVIII

1. A dificuldade de consulta ao “Corpus Iuris Civilis”

Após o renascimento do estudo do direito, em geral, e o do direito romano²⁶³, em especial, nas Universidades europeias no final do século XI, não houve grande preocupação de sistematização das fontes do direito por muito tempo.

Havia, não obstante, a natural dificuldade de se estudar, compreender e aplicar todo material contido nos textos justinianeus que, em seu conjunto, passaram a ser chamados de *Corpus iuris civilis* em 1583, quando GODOFREDO publicou a primeira edição de sua compilação de textos laicos, em contraposição ao *Corpus iuris canonici*, que reunia textos de direito canônico conforme a bula papal “*cum pro munere pastorali*” de 1580²⁶⁴.

Tratava-se de uma importante novidade. Após o surgimento no Ocidente da imprensa de tipos móveis, em meados do século XV por obra de GUTENBERG, e a publicação de inúmeras edições de grande importância de fontes romanas²⁶⁵ (das quais a principal é a do Digesto de TORELLI, em 1553²⁶⁶), a edição de GODOFREDO representou um novo paradigma das edições jurídicas, por tratar de uma forma orgânica inédita (mas ainda não sistemática) todo um conjunto de fontes.

Apesar de atualmente ser informação corrente que as quatro partes do *Corpus iuris civilis* justinianeus são (em ordem de promulgação): as

²⁶³ “Nosso direito e pensamento jurídico modernos moldaram-se pelo direito romano” que “consequentemente tornou-se, tal como o Cristianismo, uma característica cultural constituinte do mundo moderno” – R. ZIMMERMANN, *Roman law and european culture* cit. (nt. 186), pp. 254 e 278.

²⁶⁴ Acerca da publicação dessa obra, cf. B. B. Q. MORAES, *Manual de introdução ao Digesto* cit. (nt. 29), p. 297 e ss.

²⁶⁵ B. B. Q. MORAES, *Manual de introdução ao Digesto* cit. (nt. 29), p. 292.

²⁶⁶ Sobre ela, cf. B. B. Q. MORAES, *Manual de introdução ao Digesto* cit. (nt. 29), p. 294 e ss.