

## AS INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO ALEMÃO NA FORMAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA DO SÉCULO XIX

### The German influence in the formation of the Brazilian Legal order in the XIX century

Rosângela Araújo Viana de LIRA\*

**RESUMO:** Propomos-nos demonstrar a extensão da influência do pensamento alemão na formação jurídica brasileira no século XIX, especificamente quanto ao direito privado brasileiro. Diante da verificação que, no século XIX, o direito privado brasileiro era dominado pelo escolasticismo das Ordenações do Reino, ou seja, as Ordenações Manuelinas, Filipinas e Afonsinas, repudiadas até mesmo em Portugal, percebeu-se que gradualmente, nas mentalidades dos juristas da época, foi ganhando espaço o empirismo evolucionista alemão. Especificamente, no que tange ao Direito Civil, as idéias iniciais do Pandectismo alemão, e, posteriormente da Escola Histórica Dogmática Alemã, bem assim a Escola Histórico Evolutiva. Assim, o nosso objetivo é demonstrar de que modo tais movimentos e Escolas influenciaram a Escola Filosófica do Recife que à época manifestou-se insurgindo-se contra a obsoleta legislação portuguesa destacando-se pelo fato de um de seus integrantes ter sido o mentor do Projeto do Código Civil, que resultou em sua aprovação, já no século XX, em janeiro de 1916. Diante da análise metodológica comparativa da idéias da época e do Código Civil de 1916, intentamos evidenciar como a referida legislação representou uma sedimentação coerente, inteligente e sistemática de soluções brasileiras com reflexos no atual Código Civil. Assim, almejamos esclarecer o perfil da nossa legislação privada, mormente o que tange o direito civil brasileiro na figura de sua principal lei, o atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10/01/2002).

**Palavras chaves:** Pandectismo; Historicismo Dogmático Alemão; Escola do Recife

**ABSTRACT:** We have the aim to demonstrate the extension of the influence of the german thought or philosophy in the formation of the brazilian legal order of the XIX century, specifically in relation to the private law. From the verification that in the XIX century the brazilian private law was dominated by the escolasthic thought reflected in the Laws of the Kingdom of Portugal, the Laws of king Manuel, Afonso and Filipe, that were avoided even in Portugal, gradually in the minds of the brazilian jurists of that time the german thought gained space. Specifically in relation to the Brazilian private law with the ideas of the pandectism and the dogmatic and evolutive Historic school. Thus, our aim is to show how the School of Recife was influenced by those german doctrinal and rebeled against the obsolet Portuguese Law order. We want to show how the mentor of the Brazilia Civil Law project was influenced by these ideas that resulted in the aprouval of the Law Project that became the first Brazilian Civil Code in 1916. We intent to evidentiante that the first Brazilian private legislation represented a coherent and inteligent sistematic solution of the brazilian problems of the epoch wich reflects nowadays in the actual brazilian Civil Code (Law nº 10.406/ 01/10/2012).

---

\* UNICAP, Mestra em Direito.

Partimos da idéia de que os códigos são uma forma de as sociedades se organizarem do ponto de vista jurídico uma vez que são responsáveis por conferirem um equilíbrio e homogeneidade ao pensamento jurídico de um tempo espaço, ou seja, de uma sociedade em uma certa época.

Observamos que os povos ao longo da história deram importância a uniformização do direito, a exemplo do Livro de Levíticos, presente no Pentateuco, e o Código de Hamurabi na antiguidade, bem assim o *Corpus iuris Civilis* de Justiniano até os dias atuais.

Contudo, tais legislações do período antigo foram o resultado de compilações realizadas conforme as circunstâncias de cada época em que vigoraram.

Vai ser a Idade Moderna a responsável por trazer uma nova concepção de código, pois, nela ocorrerá o movimento da Codificação.

Nesta fase observa-se que as pessoas buscavam a segurança proporcionada pelas leis e legislações vão ser produzidas tanto no âmbito público como no privado.

Conforme OLIVEIRA (2009 - p.01)

A feitura de um Código não é apenas a reunião de disposições legais, relativas a determinado assunto. Exige um trabalho mais amplo, subordinado a uma técnica mais apurada. Codificar o direito é coordenar as regras pertinentes às relações jurídicas de uma só natureza, criando um corpo de princípios dotados de unidade e deduzidos sistematicamente.

Percebe-se que países como a França e a Alemanha produziram um a legislação privada relevante, uma vez que tais legislações influenciaram o direito privado de outros povos que tomaram estas legislações como modelo.

No que diz respeito do Código Civil Francês, também denominado de Código de Napoleão, podemos dizer que o mesmo resultou de um desejo por parte da burguesia que fundamentada num modelo jurídico liberal, o positivismo, desejava instaurar uma nova ordem social e principalmente política que se expressasse contrariamente ao Antigo Regime e aos seus paradigmas.

Dessa maneira, percebia-se o direito como a letra da lei e o código como a única fonte do direito, o que desencadeou uma postura exegética.

Conforme HERKENHOFF: “Aftalion, Olano e Vilanova destacam, como característica da Escola da Exegese, um positivismo avalorativo, estatal e legalista. Esse positivismo avalorativo identifica todo o Direito como direito positivo” (2002-P.36).

Assim, os interpretes do Código de Napoleão constituíram a Escola da Exegese, cujo método de interpretação adotado foi o literal ou gramatical.

A Escola da Exegese na França correspondeu ao Pandectismo ou Movimento Pandectista, na Alemanha.

O termo grego PANDECTAS, pelo latim “Digesto” (de digerere, “pôr em ordem”), foi usado para identificar a compilação de fragmentos dos jurisconsultos romanos mais renomados. Tal compilação foi realizada sob as ordens do imperador bizantino Justiniano, e que compõe juntamente com as “Institutas”, o “Código” (compilação das leges) e as “Novelas”(constituições promulgadas depois de 535 por Justiniano), o *Corpus Iuris Civilis* (Corpo de Direito Civil).

Assim, os denominados “pandectistas” foram os juristas germânicos que construíram, na segunda metade do século XIX, uma dogmática jurídica baseada no direito romano vigente na Alemanha, sobretudo a partir do estudo minucioso das Pandectas.

Ressaltamos que à época o *Ius commune* era baseado no direito romano, *Corpus Iuris Civilis*; no direito canônico, *Corpus Iuris Canonici*; e no direito feudal, *liber feodorum*, de modo que esta tríade que sobreviveu como direito comum dos europeus até o século XVIII, não era essencialmente legislado, mas doutrinário e costumeiro (LOPES, 2009, p.218-219).

No início do século XIX, a Alemanha não compreendia uma nação unificada. De fato, era uma confederação de estados, sendo os mais poderosos a Prússia e a Áustria.

De modo que, não havia um ‘ambiente’ político para um Código Civil, que só iria surgir após a unificação do país no ano de 1871.

O denominado Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), o Código Civil Alemão, foi promulgado no ano de 1896 e passou a vigorar no ano de 1900.

Bernard Windscheid foi o autor do Tratado das Pandectas, que deu origem ao movimento.

Tal movimento foi caracterizado por uma certa rejeição ao jusnaturalismo e por ter se voltado ao positivismo.

Procurou essencialmente introduzir novos princípios de orientação para uma sistematização do direito através do processo de dedução. Caracterizam o método lógico-sistemático por procurar teorizar o direito através da experiência jurídica.

Conceberam suas próprias idealizações baseadas no neutralismo. Ou seja, diferentemente da ótica jusnaturalista, a qual acolhe elementos metafísicos, esta nova vertente partiu da observação histórica do direito procurando analisar a realidade fática da sociedade para extrair suas concepções.

De maneira que, o ordenamento jurídico baseado nessas premissas seria completo e consequentemente aplicável a qualquer situação a ele confrontante.

Esse movimento germânico visou relacionar as leis romanas com os costumes bem assim as novas realidades do mundo moderno.

Duas figuras importantes foram Bernard Windscheid, já citado, e Theodor Muther.

Antes do surgimento de tal movimento, o conceito de ação (actio), por exemplo, não se diferenciava daquele existente no Direito Romano, ou seja, o direito de agir perante o que lhe é devido por lei. Windscheid esclareceu o papel desta definição para a modernidade. Concluiu que a actio, no ordenamento de Roma, estava no lugar do próprio direito, sendo assim o direito subjetivo substancial, o qual é utilizado quando há conflitos de interesses. Sua grande contribuição foi no âmbito do direito civil.

Já Theodor Muther criticou em parte o trabalho de Windscheid e o complementou no que diz respeito a aspectos processuais a este relacionado e seu mérito está relacionado ao direito processual civil.

Segundo REALE (2009 – p.231) deve-se aos pandectistas uma primeira compreensão progressiva da lei, indo assim, este movimento, além da Escola da Exegese francesa.

Verifica-se que devido a inexistência de um Código Civil, os juristas alemães se mostraram menos legalistas que os franceses, dando mais atenção aos usos e costumes e interpretando o texto legal de modo mais flexível.

Ainda segundo Miguel Reale, foi o pandectista Windscheid o responsável por colocar o problema da interpretação em termos da intenção possível do legislador, não no seu tempo, mas na em que se situa o intérprete (REALE, 2009, p. 233).

Quanto a Escola Histórica, tanto em sua vertente dogmática quanto evolutiva, ressaltamos que a Alemanha do século XIX encontrava-se fracionada em Estados autônomos e este fator facilitou o surgimento da referida Escola.

Verifica-se que a ideologia do jusnaturalismo encontrava-se em decadência, pois, como era baseada no direito natural, eterno e imutável, não acompanhava as mudanças da sociedade. Foi influenciada pelo romantismo e partia do pressuposto de que as normas jurídicas seriam o resultado de uma ‘evolução’ histórica.

De modo que a essência seria encontrada na tradição, ou seja, nos costumes e crenças dos grupos sociais. Nasceria assim do espírito do povo (Volksgeist).

Surgiu, assim, em oposição ao jusnaturalismo iluminista ou racional, que considerava o Direito como um fenômeno independente do espaço e do tempo e cujas bases e fundamentação seriam encontrada na razão e na natureza das coisas. Nesta perspectiva, as normas da natureza seriam o produto do entendimento racional do ser humano e teriam assim validade universal, o que quer dizer que existiriam independentemente do tempo e do espaço.

Assim, a construção jusnaturalista racional negava ao direito um conteúdo histórico e daí a Escola Histórica surge como um contra-movimento ao pensamento jusnaturalista racional.

Tal Escola teve como principais representantes, os alemães: Gustav Hugo, Friedrich Carl von Savigny e Gerog Friedrich Puchta.

Observa-se, em síntese que Hugo preocupou-se com a utilização da linguagem uma vez que defendia que a mesma ocorre com a criação do Direito. Assim, cada povo cria sua língua como expressão cultural própria e a gramática, posteriormente a formaliza.

Do mesmo modo o Direito é construído ao longo do tempo, através da cultura e dos costumes e, posteriormente, formalizado pelo legislador.

Já Savigny combatia a tentativa de unificação das leis em códigos, já que os códigos são uma consequência lógica da orientação racional.

Considerava que a codificação fossilizava o Direito. Defendia que a moral, o Direito, a arte e a linguagem são produtos do espírito popular e que o Direito, por excelência, seria o resultado da expressão da consciência jurídica de cada povo.

Por sua vez, Puchta, em oposição a Thibaut, outro importante estudioso da época, defendeu a codificação na Alemanha e também a sistematização. O direito nasceria do povo mas teria de assumir uma forma visível através da norma editada pelo Estado.

Assim, o Direito seria o produto de forças sociais internas e nunca o produto do arbítrio do legislador.

Segundo HERKENHOFF (2002-p.42)

No terreno da hermenêutica, a escola histórico-dogmática representou um avanço, comparativamente às escolas anteriores. O interprete não se devia ater à letra da lei para dela extrair soluções para os casos, usando o processo meramente lógico... o povo era o criador do seu Direito, indicava ao intérprete, não obstante, pesquisar a intenção do legislador, representante da consciência coletiva.

A importância da Escola Histórica foi marcante na ciência jurídica alemã pois foi responsável por destacar o vínculo entre o direito juridicamente válido e as correntes econômicas, sociais, intelectuais e políticas.

Demonstrou que as ordens jurídicas são produtos culturais que espelham estruturas sociais dos grupos a que servem.

Dentro da escola Histórica, destacam-se duas vertentes, a Escola Histórico Dogmática e a escola Histórico-Evolutiva. A primeira vai de encontro a literalidade interpretativa e foi responsável por chamar a atenção para o elemento sistêmico, inerente ao caráter orgânico do Direito, a segunda, por sua vez, avançou mais ainda, pois, recusou-se em aceitar o raciocínio formal adotado pelos seguidores da Escola Histórico –Dogmática e defenderam a idéia da pesquisa a posteriori do sentido da lei.

Apesar de a fragmentação política da Alemanha inviabilizar a existência de um direito único, bem assim as divergências a respeito da necessidade de uma codificação retardarem, porém não evitaram, a elaboração de uma codificação, a proposta Pandectista de defesa da codificação prevaleceu na Alemanha e seu conteúdo influenciou o Direito Privado Brasileiro inspirando o Código Civil Brasileiro de 1916.

O Brasil, por sua vez, passava por um importante momento histórico na metade do século XIX, pois deixava para trás o escravismo e a monarquia.

Desde a independência do Brasil duas correntes políticas disputavam o poder, os liberais, que propunham a ruptura com a ordem colonial vigente e os conservadores, parlamentares que se mantinham ao lado do Imperador. Com a vinda da família real e a criação de dois cursos jurídicos surgiu a categoria dos denominados bacharéis destinados a atuar na esfera burocrática e política foram fundamentais para a consolidação e manutenção do estado monárquico. Foi devido a classe de bacharéis que se iniciou todo um processo de construção de uma ordem jurídica e legislativa.

Neste cenário a faculdade de Direito do Recife representou o pensamento dos ideais de um liberalismo contraditório.

Nota-se, contudo, que não demonstrou unidade de pensamento. Seus membros apesar de apresentarem idéias semelhantes, demonstravam linhas de raciocínio diferentes que chegavam até a sociedade na forma da poesia ou da política.

O elemento unificador foi a filosofia, pois, tem suas origens nas raízes evolucionistas, com a idéia de uma realidade em constante transformação e a união com as idéias monistas de um único propósito, ou seja, todos os fenômenos e objetos seriam uma unidade e estariam em constante evolução, pois, a unidade do Direito seria a força que se transforma objetivando o interesse social a partir da concepção do ser humano compreendido como um ser histórico, ou seja, um ser que se desenvolve constantemente.

Assim, a Escola do Recife foi um movimento cultural jurídico e político e que influenciou toda uma geração de juristas que foram tocados pelo denominado culturalismo jurídico.

Podemos dizer que a Escola do Recife foi o palco do primeiro movimento jurídico brasileiro onde ocorreu a criação de novas concepções do pensamento jurídico-filosófico, ao mesmo tempo em que combateu idéias e instituições conservadoras.

Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua, Silvio Romero e outros foram juristas que tentaram buscar compreender e definir o fenômeno jurídico fortemente influenciado por teorias do pensamento jurídico alemão.

Segundo REALE (2009- p. 248) o culturalismo “é uma concepção do Direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia... em função dos grau de evolução social”.

Clóvis Beviláqua influenciado pelo Direito Germânico e pela orientação que recebeu da Escola do Recife, durante a presidência de Campos Sales, foi nomeado para confeccionar o Projeto de Lei que resultou no Código Civil de 1916.

Os conceitos de Savigny e dos pandectistas exerceram significativa influência no pensamento de Clovis Beviláqua influenciado pelo empirismo evolucionista alemão e culturalismo.

Estruturalmente o nosso Código de 2002 continua quase o mesmo em relação ao de 1916. Ou seja, dividido em uma parte geral, teórica e fundamental para a percepção da parte especial, que tal qual o BGB é dividida por assuntos expressando a idéia a sistematização.

Promulgado na data de 1º de janeiro de 1916, o Código Civil Brasileiro de 1916 destacou-se por ser diferente dos demais códigos latino-americanos, pois, reflete o pensamento liberalista e individualista da elite européia do século XIX.

Verificamos que o nosso Código Civil de 1916 tinha idéias correspondentes as necessidades da época em que foi formulado e legislações posteriores surgiram para adaptá-lo as necessidades jurídicas cotidianas, sendo substituído pelo Novo Código Civil de 2002 (lei nº 10.406, de 10/01/2002).

**REFERÊNCIAS**

- DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.
- HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 8ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2009.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2008.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1999.
- OLIVEIRA, Adriana Stoll. **A Codificação do Direito**. In [www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br), acesso em 05/11/2012.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2009.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. A Escola do Recife. São Paulo: Perspectiva, s/d.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.