

# PERCORRENDO OS CAMINHOS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO\*

Rita de Cássia de Oliveira\*\*

**Resumo:** este artigo apresenta o processo de formação do Direito Civil Brasileiro, das origens no direito romano à elaboração do Código Civil de 1916, com o objetivo de perceber as principais influências das escolas jurídicas recebidas por este ordenamento. Este trabalho foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com fontes primárias, como o projeto do Código Civil de 1916, Anais da Câmara e do Senado e jornais.

**Palavras-chave:** História do Direito. Direito Civil Brasileiro. Código Civil de 1916.

THROUGH THE ROADS OF BRAZILIAN CIVIL LAW

*Abstract: this article presents the formation process of Brazilian Civil Law, since the origins of it in the Roman law to the elaboration of 1916's Civil Code, with the aim to realize the main influence from the old theoretical law study. This paper was elaborated by documental and bibliographic research, with primary sources, as the 1916's Civil Code, Anais Câmara and Senado and newspaper.*

*Keywords: Law History. Brazilian Civil Law. 1916's Civil Code.*

O que vamos apresentar nas próximas páginas, é o processo de formação histórica do moderno Direito Civil brasileiro com o objetivo de perceber as influências que as instituições jurídicas brasileiras sofreram das diferentes concepções do direito, e de suas diferentes famílias e escolas, ao longo de sua história. Interessa-nos compreender como o reflexo dessas influências, após o processo de codificação pelo qual passa o Brasil, dentro de um contexto ocidental que se verifica a partir o início do século XIX, até as duas primeiras décadas do XX, influenciaram a elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916.

Nesse contexto de codificação do século XIX, o Brasil busca acompanhar o desenvolvimento também das ciências jurídicas, que estariam regulando as relações não só entre as pessoas, mas, inclusive, entre as nações, que neste momento passavam por um novo período de desenvolvimento técnico-científico, do qual estariam condenados à marginalidade, ou a total exclusão, os países que não se institucionalizassem dentro do quadro de exigências da sociedade moderna.

\* Recebido em: 10.04.2011.  
Aprovado em: 08.07.2011.

\*\* Especialista e Mestre em História pela UFG. Professora no Centro de Ensino e Pesquisa Aplicados à Educação (CEPAE/UFG). E-mail: ritareis.cepae@gmail.com.



E ainda mais urgente, com o advento da República, a necessidade da institucionalização como modo de se libertar das amarras jurídicas que ainda o fazia dependente de Portugal, ainda após 1822. Para o Brasil, codificar leis, estabelecer condutas de comportamentos que o aproximasse da realidade do mundo europeu, com o intuito de melhor se integrar ao mercado internacional, será primordial para os seus primeiros passos como a mais “nova democracia nascida da América Latina ao final do século XIX.” Dentro deste quadro geral, buscaremos através do estudo da elaboração do código civil de 1916 perceber as influências recebidas pelo direito civil no estabelecimento de condutas nas relações civis da sociedade brasileira.

## AS FONTES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ROMANO, GERMÂNICO E CANÔNICO

Ao fazermos o estudo sobre as origens e influências jurídicas do Código Civil Brasileiro de 1916, partiremos do Direito Romano pelo fato de ter sido este por excelência a fonte subsidiária das Ordenações portuguesas<sup>1</sup>. Nas palavras de Braga da Cruz<sup>2</sup> podemos perceber a importância dessa consideração:

No domínio da história do direito, o problema cresce de interesse e importância quando recuamos em data e remontamos a épocas em que a escassez e a imperfeição das fontes imediatas – e, sobretudo, o seu caráter incompleto – obrigavam, não poucas vezes no quadro dos diversos direitos nacionais, um lugar de maior relevo e de mais larga aplicação do que as próprias normas de direito pátrio. E quando com este fenômeno se conjuga o do recurso por diferentes povos a um mesmo manancial de normas subsidiárias – como sucedeu durante a Idade Média e nos Tempos Modernos, em todos os países da Europa Ocidental, como o recurso ao direito romano-canônico (CRUZ, 1975, p.178).

Portugal, não diferindo das demais nações da Europa Ocidental, também teve no direito romano-canônico, o manancial das fontes que preencheriam as lacunas impostas pelas imperfeições do direito nacional incipiente. Tomando parte no fenômeno do renascimento do direito *justinianeu* iniciado no século XII na Itália, Portugal se autonomizaria do domínio do direito leonês e castelhano, passando pelo processo da recepção romano-canônica.

As Ordenações Filipinas, que foram promulgadas em 1603, ainda durante o domínio da Espanha sobre Portugal e após a restauração da independência, confirmadas por D. João IV, são consideradas mera versão atualizada das anteriores, e representavam a tradição e o atraso jurídico português, incondizente com os avanços nos campos políticos, econômico, mercantil e ideológico, pelos quais passavam as nações ocidentais do continente europeu:

Apresentavam-se antiquadas, porque a preocupação de respeitar a tradição jurídica portuguesa absolveu de tal forma o espírito dos seus compiladores – a fim de evitar possíveis descontentamentos que elas nasceram, pode dizer-se, já envelhecidas: em vez duma codificação progressiva e totalmente refundida, como as necessidades da época exigiam, as Ordenações Filipinas surgiram para a história como uma simples versão atualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido uma simples atualização das Afonsinas. Modificadas na redação e na forma, as Ordenações de Filipe II conservam, assim, em toda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos (CRUZ, 1975, p. 35).

As Ordenações também eram consideradas defeituosas, devido à falta de clareza da linguagem empregada, das freqüentes contradições, da prolixidade dos conceitos legislativos, e, sobretudo pelo caráter lacunoso de suas disposições. Essas lacunas eram evidentes no que diz respeito ao direito privado, ao qual pertence o direito civil.

As Ordenações lusitanas por serem muito deficitárias, como também o eram a legislação complementar (leis do Reino, estilo da corte e costume) acabaram ficando a mercê do direito subsidiário romano-canônico, que era amplamente acatado, passando na prática a assumir um caráter normativo, em detrimento das leis nacionais, como explica Guilherme Braga da Cruz:

E daí a necessidade dum larguíssimo recurso do direito subsidiário – o mesmo é dizer, praticamente, ao direito romano – para o preenchimento dessas lacunas e para o próprio entendimento das defeituosas disposições das leis pátrias.



O recurso ao direito romano, como fonte subsidiária, estava, aliás, autorizado pelas próprias Ordenações, que para ele remetiam expressamente a resolução dos casos omissos, com exceção daqueles que envolvessem matéria de pecado, e que deveriam, de preferência, ser resolvidos pelo direito canônico. E, como complemento do recurso do direito romano, autorizavam ainda as Ordenações a utilização da *Glosa de Acúrsio* e das *Opiniões de Bártolo*, desde que não fossem contrariadas pela opinião comum<sup>3</sup> dos doutores.

Essa literatura jurídica usava e abusava do recurso do direito romano, consentido pelas Ordenações, chegando abusivamente a invoca-lo contra o texto expresso das leis pátrias, ou forçando a interpretação destas num sentido mais consentâneo com a tradição romanista (CRUZ, 1954).<sup>4</sup>

É, portanto, devido à ampla utilização do direito romano na prática jurídica portuguesa, que evocamos os primórdios do direito em Roma e sua influência na evolução dos estudos jurídicos na Europa Ocidental, em Portugal e consequentemente no Brasil.

A Ciência do Direito, considerando elementos fundamentais e estáveis, agrupa a diversidade de direitos existentes, em “famílias”. Embora não haja uma concordância geral em relação aos critérios utilizados para esse agrupamento<sup>5</sup>, reconhecemos que didaticamente, e geralmente é nesse sentido que se procura esses tipos de reduções ou simplificações, facilita a apresentação e a compreensão das diversas formas nas quais aparece o direito, dos tempos mais remotos à contemporaneidade.

René David (1986) analisando a multiplicidade dos *grandes sistemas do direito contemporâneo* apresenta uma dessas classificações, na qual o direito se encontra dividido em três grupos ou “famílias” principais: família romano-germânica, família da *common law* e família dos direitos socialistas.

A família romano-germânica, que nos interessa, concebe as regras do direito como conduta, preocupando-se com a justiça e a moral, elaborando o direito a partir de razões históricas, “*constituída pelos países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano*” :

[...] tem seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades européias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e países germânicos (DAVID, 1986, p.18).

Sua influência chega também a territórios não europeus, como África, Oriente Próximo, e principalmente América Latina, pelos meios da colonização e da “recepção” voluntária dos seus preceitos, obtendo conotações próprias devido às características históricas e culturais de cada país.

Um dos grandes momentos da expansão da família romano-germânica está relacionado ao fenômeno que ocorre a partir do século XIX, quando muitos países utilizando-se da técnica jurídica de codificação creditada a orientação deste grupo, iniciaram o processo de elaboração de códigos.

Dentre os romanos o direito surge com a necessidade de administrar com mais eficiência os vastos domínios imperiais. Os costumes e as tradições romanas há muito haviam se mesclado com os dos povos por eles dominados. Sendo, portanto, necessário à utilização de uma técnica do exercício do poder mais eficaz. O direito vem dotar dessa característica, legislativa, o poder imperial, que através de suas leis estabelecia a conduta dos romanos e dos povos conquistados.

A extensão do império significava complexidade não só administrativa, social, comercial, mas também familiar, com uma concepção diferenciada de *pater poder* concebida a partir da organização de um Estado forte e centralizado. Todavia, a forma de direito legislativo, que viria atender ao poder imperial, era somente umas das concepções de direito existente entre os romanos. Outro conceito era o de direito enquanto “*criação intelectual de uma ciência especializada altamente diferenciada*” (WIEACKER, 1967, p.16).

A primeira forma foi a que de fato existiu entre os romanos, o direito imperial, a segunda, o direito jurisprudencial clássico, se fará representar pela época do Dominato, ultimo período do direito romano, no Baixo império, período que se estende do governo de Diocleciano ao de Justiniano. Sendo a principal obra de referencia desse período, o *Corpus Júris*<sup>6</sup>, compilação feita por Justiniano de 529 a 534, no oriente, encomendada a Triboniano. Após a compilação de Justiniano, as fontes utilizadas por Triboniano perderam o valor legal, inclusive foram alvo de destruição para consolidar o titulo de “codificador” para este imperador romano. Outros importantes documentos jurídicos que marcaram



o Dominato foram os Éditos de Constantino e de Teodósio, ímpares por terem oficializado o Cristianismo como religião oficial do império.

É importante, neste momento, chamar atenção para o fato de que, com essa oficialização, e o crescimento, não menos imperial, das fronteiras da religião cristã, dará a esta um poder cada vez mais universal, poder que será alvo de um conflito secular nos países ocidentais que beberam das fontes romanas, não só no que diz respeito ao âmbito jurídico, mas também em todos os outros aspectos da sociedade, inclusive, no religioso, que perdurará até o século XIX.

Este conflito consistirá nas relações entre o poder temporal e o espiritual. Vale reiterar que esse é um dos pontos polêmicos em nosso objeto de estudo, quando da época do processo de laicização dos Estados modernos, com o processo de codificação das leis civis, e a conseqüente separação entre a sociedade civil e religiosa, e portanto entre os poderes temporal e espiritual, gerando disputas pelas delimitações de atuação prescritas a ambos os poderes.

Com o desmembramento do Império Romano do Ocidente, no século V, em domínios estabelecidos pelos povos germanos, e a conseqüente descentralização administrativa, serão também desarticuladas as tentativas de unificação jurídica que o Estado romano tivesse feito até então.

Um fator responsável pela manutenção do direito romano, mesmo após a queda do império, foi a aplicação do princípio de personalidade do direito, ou seja, a permissão pelos povos invasores de que os romanos continuassem utilizando suas próprias regras. Isso só foi possível pela distância que existia entre as leis romanas e as leis “bárbaras”, dado, o alto nível de desenvolvimento das primeiras.

Depois da queda do império, as compilações acima citadas foram vulgarizadas, ou seja, pelo aspecto de espontaneidade com que eram aplicadas pelas populações invasoras e também por serem mescladas com as “leis” e costumes germânicos, não foram utilizadas com a erudição que exigiam. Esse direito consuetudinário, constituído a partir dos costumes e tradições dos “povos bárbaros”, foi a base do direito feudal, também de caráter local, que se utilizará em muitas ocasiões das condutas estabelecidas por aqueles. Esse direito vulgar, por ser constituído de regras que eram de utilização restrita a um determinado povo ou local, ofereceu poucos estímulos para serem feitos registros, como no caso das compilações imperiais que unificavam uma imensidade territorial e uma variedade de povos.

Antes do século XIX serão raras as compilações oficiais ou privadas que estarão fazendo parte do cenário jurídico europeu, que se caracterizavam por seu conteúdo de costumes regionais e pela utilização de línguas vulgares em sua elaboração. Dentre essas compilações que aparecem em diversos países, do século XIII ao XVIII, se destaca a de Carlos VII, com os costumes franceses, entre os séculos XV e XVI. Porém, a mais representativa do período, foi a realizada por Afonso X, rei de Castela, denominada de *Siete Partidas*, de 1265, passando a ter caráter legislativo pela Ordenação de Acalá, em 1384. As *Siete Partidas* foram inovadoras para a época, pelo fato de conciliar os costumes castelhanos aos direitos romano e canônico. Também serão importantes no processo de romanização do direito espanhol e português, tendo evidentemente, alcance em terras latino-americanas.

Muitos autores consideram, por esse fato, que embora a idéia de direito permanecesse, o direito romano, um “sistema jurídico sem precedentes”, houvera desaparecido. A Idade Média, pelo menos em todo seu primeiro período, se constituiria no cenário para esse obscurecer das ciências jurídicas entre os povos ocidentais.

Neste contexto, a Igreja Católica, que ainda à época do antigo império já era detentora de um vasto campo de influencia ideológica, emerge com a maior autoridade centralizada constituída entre os povos romanos e germânicos. E continua a assumir, agora, com mais propriedade, atividades públicas, administrativas, sociais, culturais. Bem como, as funções atribuídas à jurisdição, constituindo, como já vinha sendo instituído desde o início da Era Cristã, o Direito Canônico.

A ética cristã, formadora desse direito, era o único instrumento catalisador das diferenças entre romanos e os germânicos, sendo os últimos, voluntariamente influenciados pelo cristianismo ainda à época do império. A influência do poder espiritual sobre as instituições jurídicas se estenderá até a Idade Moderna:

[..] a cristandade fixou desde o início o conceito de direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética européia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã



influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando os juristas estavam pouco conscientes dessa relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele sempre tinha que se legitimar.

[...] Ainda que ela seja considerada uma descoberta do espírito grego, o certo é que, para o pensamento jurídico europeu até ao início da época moderna, foi quase exclusivamente mediada pela teologia (WIEACKER, 1967, p.17-8).

Utilizando-se de instrumentos romanos, o direito e o latim, e se desenvolvendo independente ao direito civil, a Igreja católica cria seus próprios elementos jurídicos, suas próprias leis e tribunais, o seu próprio direito, o Canônico, que tinha como fontes além da vontade divina, a principal, os textos bíblicos, onde estavam registrados os escritos dos Apóstolos de Cristo, e também resoluções papais.

O direito canônico catalisará características do direito romano e do direito consuetudinário dos germânicos, tendo um vantajoso raio de influência entre os vários povos europeus. A Igreja Católica, após a queda do Império Romano do Ocidente, se instrumentaliza para assumir, de maneira mais ampla, com um caráter não menos imperial, terrenos antes essencialmente de domínio do poder temporal. Essa interferência se fará sentir, por vários e longos séculos, principalmente no âmbito privado, do direito civil. Instituições como a do casamento e do divórcio, entre outras, foram regidas pela batuta eclesiástica até inícios do século XIX, quando do início do fenômeno da codificação civil, verificado a partir deste período entre os países da Europa Ocidental e América.

É interessante perceber como a igreja, com seu poder espiritual reivindica espaços até então de exclusividade do Estado, detentor do poder temporal, e como no período da Idade Média isso se torna possível em se tratando das questões jurídicas, já que o direito laico não se encontrava em condições de ser a instituição de unidade e estabilidade jurídica necessária à sociedade. Posteriormente, quando da formação do Estado Moderno, dos séculos XIV ao XVI, os grandes defensores desse modelo de estado, invocaram os poderes divinos aos seus governantes centralizadores, como forma de justificar a monarquia. Nesse período, o direito canônico vai se constituir em um grande obstáculo para a unificação legislativa, indispensável ao processo de centralização do poder real e formação do Estado Nacional.

Em um contexto geral de renascimento das cidades, do comércio, das universidades e de outras instituições, o direito canônico conjuntamente com Corpus Iuris romano, O Breviário de Alarico (Lex Romana Wisigothorum), dos germânicos, uma compilação simplificada das leis romanas, promulgado em 506, na França e na Península Ibérica, será uma das fontes fundamentais do renascimento da ciência jurídica, dando surgimento ao sistema jurídico romano-germânico, através do estudo da teoria do direito romano.

A idéia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma idéia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos romanos. Mas o regresso a essa idéia, no século XII, é uma revolução. Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça. Que a razão permite reconhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurara substituir a regra do poder pessoal pela democracia. [...] A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Essas idéias tornam-se as idéias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestável, até os nossos dias (DAVID, 1986, p.31).

Esse tom anárquico conferido ao período da Idade Média, gerado pelas mesclas do direito romano, nessa fase já residual, canônico e consuetudinário, provocou uma tensão nas ordens jurídicas. O renascimento dos estudos da ciência do direito, nos séculos XII e XIII viria trazer uma organização a essas ordens, contudo, “sua obra foi apenas de persuasão, não constituiu na imposição da uniformidade pela via da autoridade”.

Esse renascimento se fará representado pelos estudiosos da Universidade de Bolonha. A Itália, como não poderia ser diferente, o centro do renascimento do comércio e das cidades, devido a abertura do Mediterrâneo, inauguraria o rico período de retorno às culturas clássicas, que não se deteria apenas à arte e a literatura, mas também, e inclusive, aos estudos da teoria do direito. Buscar no direito romano





a mais eficiente forma de sistematizar a conduta de uma sociedade, no âmbito público e privado, de que a história da humanidade já tivera notícia.

Esse período havia se constituído a partir da disseminação de um direito de característica localista, pautado nos costumes e nos tradições dos inúmeros povos que ocuparam a Europa nas duas fases de invasões germânicas. Portanto, tendo o intuito de acabar com o “atraso” que essas leis locais representavam, em nenhuma das universidades européias que se dedicaram ao estudo da teoria jurídica, o direito local, ou consuetudinário, fez parte do currículo dos estudos da ciência do direito, o motivo, argumenta Renè David:

O direito ensinado nas universidades não está, do mesmo modo, ligado ao passado nem a um território; obra da razão, situa-se acima das contingências ou tradições locais. Pode-se exigir que regule as relações de tipo novo; está apto também a fornecer uma regulamentação aceitável por todos, nas relações entre estrangeiros. Os costumes eram o direito de sociedades tradicionais e fechadas; o direito das universidades é o de uma sociedade universal, aberta para o futuro. Essas duas características explicam a sua expansão, e eventualmente sua recepção (DAVID, 1986, p.42).

Direito romano e direito canônico se constituirão nas principais e mais apreciadas fontes para os estudos das ciências jurídicas que renascia no século XII. São os estudos dessas duas ordens jurídicas que dão origem ao Jus Commune, numa tendência de fundir características dos dois direitos. Esse quadro se modificara somente no final do século XIX e início do XX, quando o período das codificações desviará olhares de interesse também para o direito nacional, mas que evidentemente receberá maciça influencia dos dois primeiros.

#### A CODIFICAÇÃO E SUAS INFLUÊNCIAS: O JUSNATURALISMO E AS PANDECTAS

No século XVIII, a escola do direito natural, ou jusnaturalismo, romperá com a tradição de reconhecer a vontade do soberano como lei, e as compilações privadas passarão a ceder terreno à codificação, transferindo, portanto, às mãos do legislador, a responsabilidade pelo desenvolvimento do direito, que anteriormente estava de modo arbitrário nas mãos do monarca. Embora vá logo de início admitir que ao soberano se reservará a competência para afirmar e reformar o direito em seu conjunto, poder que não eclipsará a autoridade dos juristas, segundo as leis naturais, para transformar as bases da sociedade. Outra inovação desta escola é o fato de também o direito público fazer parte das preocupações dos juristas, não somente o privado, como até então ocorria com as compilações.

Porém, o grande êxito da escola do direito natural foi mesmo a codificação. O que pretendiam os estudiosos desta escola era a aplicabilidade do direito ensinado nas universidades, ou seja, a transformação deste em direito positivo. Como já vimos, as compilações privadas ou oficiais, realizadas por alguns soberanos nos séculos anteriores, simplesmente registravam, ou melhor, tornavam escritos os costumes de um povo ou local. A codificação viria dar o alcance necessário às necessidades da sociedade moderna, dada a sua complexidade.

As idéias da Revolução de 1789 e a expansão napoleônica, davam à França, no século XVIII, as condições para que essa ambição dos juristas da escola do direito natural tomasse fôlego. O Código Napoleônico seria a partir de então o modelo a ser seguido, não somente quanto a conteúdo, e procedimentos, mas, sobretudo em relação à atitude. Outros códigos contemporâneos a este, como no caso do Prussiano de 1794 e Austríaco de 1811, não tiveram o mesmo êxito quanto a exercer influências, pelo fato de pertencerem a nações que não reuniam as características de universalidade de idéias e expansão de domínios, das quais gozava a França neste período.

Embora o Código Napoleônico tenha influenciado aos que o precederam, podendo-se observar dessa forma uma unidade no processo de romanização das leis em todos os códigos europeus a partir deste, ele também significou uma fragmentação no direito, a idéia de direito das universidades que preconizava pelo direito comum, jus commune, sucumbiu ao processo de “nacionalização do direito”. Para agravar, e colocar cada vez mais distante a possibilidade de um direito modelo, pretendido originalmente pelas universidades, os professores das mesmas passaram a se dedicar quase que exclusivamente ao estudo desses novos códigos, como os antigos glosadores, buscavam compreendê-los e dar-lhes explicações.



Mesmo com a diversidade dos direitos nacionais, a unidade da família romano-germânica, foi mantida em toda a Europa. Isso se verifica pelo fato do método de direito comparado ter sido utilizado pelas nações que buscavam perceber em outros modelos de códigos exemplos a serem seguidos. Tendo a grande maioria dos códigos europeus, sofrido influência do Código de Napoleão, que em sua essência é baseado no direito romano, e entende-se aqui, o direito romano, também somando à noção dos direitos canônicos e germânicos romanizados, podemos perceber que fica estabelecido um parentesco entre todos os códigos europeus, ou seja, o pertencimento destes à família do direito romano-germânica.

Porém, a diversidade desses códigos, apresentada pelas diversas condições históricas em que se encontravam os vários países desta família, levou a muitos juristas a dúvida dessa unidade. Condições de atrasos ou avanços de uma nação em relação a outra no que se refere não só à ciência do direito, mas a todo e qualquer fator que esteja ligado à noção de justiça, liberdade e dignidade individual, idéias que fizeram a Revolução Francesa, mas foram aclimatadas de acordo com as condições dos países aonde chegaram. A escola do direito natural, portanto, que viera por fim às diferenças trazidas pelas compilações privadas ou oficiais realizadas na Europa até aquele momento, de caráter consuetudinário e, portanto, localista, trouxe com o seu fenômeno da codificação, dúvidas em relação à unidade do direito europeu, pretendida por seus integrantes. No entanto, René David, afirma que:

Contudo, todos os direitos, salvo raras exceções, adotam a fórmula francesa da codificação; e parece-nos, cada vez mais nitidamente, que a diversidade dos códigos, semelhante à das leis e dos costumes de outrora, não é uma causa necessária de cisão no seio da família de direito romano-germânica (DAVID, 1986, p.57).

Contudo, embora o autor confirme a existência da unidade desta família, não desconsidera a originalidade existente em cada um dos códigos, atribuída às instituições próprias a cada país. Não sendo o caso, somente da Europa, mas também, e inclusive, da América, onde o fenômeno da codificação coincide com o nascimento das republicas. No caso específico do Brasil, que desde a Independência ainda se encontrava preso às Ordenações portuguesas, urgia a necessidade não somente de organizar as leis que regem sociedade civil, mas principalmente de conceder ao novo sistema uma nova roupagem, onde a institucionalização tem por sua vez, um papel fundamental.

A Alemanha é uma exceção, por rejeitar a codificação francesa, e por ser caracterizada pela ousadia e espírito inovador da escola dos pandectistas. Nos interessa muito essa vertente por ela ter influenciado na elaboração do Código Civil Brasileiro que embora, como já assinalamos, tenha também recebido influências do francês.

A influência do código alemão no brasileiro é visivelmente constatada em sua estrutura, que traz igualmente a este “que é reputado a última palavra na matéria”, uma divisa que é constituída por três partes: uma Lei Preliminar, uma Parte Geral e uma Parte Especial. Na primeira estão condensados e codificados os princípios do direito internacional privado. A Parte Geral se divide em três livros: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Já a Parte Especial esta composta por quatro livros: direito de família, das coisas, de sucessão e das obrigações.

A influência alemã é perceptível no texto do parecer que a Comissão Espacial do Código Civil, da Câmara dos Deputados, apresenta ao Congresso Nacional em 1902. Neste parecer as referências aos juristas alemães são freqüentes, principalmente Friedrich Von Savigny, maior nome da Escola Histórica do Direito (século XIX), em oposição a concepção a Escola do Direito Natural (século XVIII):

Os teimosos theorists de um direito natural são figuras anachronicas, estão fora de seu tempo. Se eles possuíssem idéas mais claras sobre a história de tal direito, não se arrojariam a tel-o, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente à humanidade e ao planeta que ella habita. (ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1902).

Depois de qualificar a Escola do Direito Natural de velha theoria, visionária e palavrosa, o relator do parecer, Deputado Seabra, se refere à Escola Histórica como “a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte commum de todas as conquistas e progressos da humanidade em seu desenvolvimento histórico” (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p.27).



Não menos evidentes são as alusões que o relator e presidente da Comissão fazem aos autores do Código Civil Francês, entre os quais esteve o próprio Napoleão<sup>7</sup>. O Deputado Seabra ao responder as críticas feitas ao projeto do Código Civil Brasileiro, de que daria um sentido de atraso, e de mentiras, e que este não atenderia as aspirações nacionais e aos progressos da, visto que deixou de admitir a liberdade de testar e o divórcio, bem como outros institutos, utiliza a mesma resposta de Portalis deu àqueles que censuraram o Código Francês afirmando que seus autores se limitaram a apenas a formular os princípios do direito romano e dos antigos costumes: “Não é possível, subitamente, desfazer-se um povo de tudo que formou sua civilização e tradições, refazendo de alguma forma sua existência” (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p.14)

No Brasil, Tobias Barreto foi o maior divulgador das idéias em obras de pensadores alemães de diversas áreas, como, Direito, Religião, Política, filosofia entre outras. Trazendo ao conhecimento da então reduzida intelectualidade brasileira as obras de Darwin Heackel, Noiré, HermannPost, Ihering, e outros

Queremos destacar a sua importância e contribuição na área jurídica, por ter através das diversas obras publicadas, trazido ao Direito no Brasil a influência científica do Naturalismo de Haeckel, como também a influência jurídica da Escola do Direito Natural, que tem como seu maior representante Ihering. Influências essas, que importantes na formação dos juristas brasileiros que trouxeram para Código Civil Brasileiro, características do código alemão, como veremos mais adiante, no caso do específico do autor do projeto, Clovis Bevilacqua.

## FORMAÇÃO HISTÓRICA DO MODERNO DIREITO PRIVADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Como já introduzimos no início deste capítulo, Portugal assim como os demais países da Europa Ocidental, tomou parte no fenômeno do renascimento jurídico romano-canônico, iniciado no século XII, em Bolonha. Porém, a recepção desses direitos se faz lentamente nas terras lusitanas, pois dependia da tradução das obras romano-canônicas, como o Código de Justiniano e as Decretais de Gregório IX, para o português, bem como da formação de um maior número de doutores nos centros universitários onde essas obras eram estudadas, o que veio ocorrer somente após o século XIV.

Até então, foram utilizados em Portugal textos de segunda mão, ou seja, fontes de origem castelhana que traziam a influência do direito romano e do direito canônico, como o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*. Estes textos tiveram grande divulgação em Portugal, fundamentalmente devido a sua maior acessibilidade, vindo inclusive, no caso deste último, a se constituir uma importante fonte das Ordenações Afonsinas, a primeira grande codificação portuguesa.

As fontes castelhanas foram amplamente utilizadas como subsidiárias até aproximadamente 1426, quando por ordem real, foram traduzidos para o português, o Código de Justiniano, e a respectiva Glosa de Acúrsio e dos respectivos Comentários de Bártolo, para serem acatados nos tribunais portugueses como as únicas fontes do direito subsidiário a partir de então.

Com a promulgação das Ordenações Afonsinas, por volta de 1446, houve a necessidade de estabelecer uma hierarquia das fontes subsidiárias, para regulamentar o que a lei nacional não contemplava, ou fazia de maneira incipiente:

O problema do direito subsidiário surge só deste ponto em diante, isto é, quando o caso de que se trata não for regulado pelas fontes imediatas (as leis do Reino, os estilos da Corte e o costume); e – nesse momento, sim – surge em todas a sua acuidade a questão do conflito entre o direito romano e o direito canônico, entre as “*Leyx Imperiaees*” e os “*Santos Cânones*”, para onde o legislador remete diretamente o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico pátrio (CRUZ, 1975, p. 218).

Fica estabelecido que os problemas jurídicos de ordem temporal são de prioridade do direito romano, e os de natureza espiritual, ou temporal em que a aplicação do direito romano implique em pecado, seriam de exclusividade do direito canônico. Se esses dois textos não fossem suficientes para resolver o caso, as Ordenações Afonsinas determinavam que fossem consultados consecutivamente, a Glosa de Arcúcio e a opinião de Bártolo, e por fim, se permanesse o impasse, o caso seria submetido à apreciação pessoal do monarca.

Esta hierarquia foi basicamente mantida, sofrendo poucas modificações nas Ordenações seguintes, Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Sendo que nas Ordenações Manuelinas foi adotado o critério





da opinião comum dos doutores no que diz respeito a utilização da Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo. A grande mudança envolvendo os critérios de interpretação e integração das lacunas do direito nacional utilizando as fontes subsidiárias se dá com a Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769:

O seu primeiro cuidado, a este respeito, é o de reprimir os abusos, até aí tão vulgarizados, de recorrer aos textos de direito romano ou a outros textos doutrinários, com desprezo do disposto, em sentido diverso, pelo direito nacional. Proíbe-se, com efeito, que nas alegações ou decisões judiciais, se faça uso de quaisquer textos, ou se invoque a autoridade de algum escritor, enquanto houver determinação expressa das Ordenações, das leis pátrias, ou dos usos do Reino legitimamente aprovados.

Só perante a insuficiência dessas fontes é lícito o recurso ao direito subsidiário. Mas este direito subsidiário já não será agora, como era anteriormente, o direito romano em si mesmo considerado: será antes a boa razão (a *recta ratio* da escola jurinaturalista) onde quer que ela se encontre, seja nas leis romanas, sena no direito das gentes, seja nas próprias leis positivas das nações estrangeiras (CRUZ, 1954, p.43).

A Lei da boa razão, portanto, proibia a aplicação subsidiária do direito canônico nos tribunais civis, revogando o critério do pecado estabelecido nas Ordenações, relegando sua aplicação como fonte imediata somente para os tribunais eclesiásticos. Também banuiu a autoridade da Glosa de Arcúcio e as Opiniões de Bártolo, não mais as admitindo nem mesmo pela *commun opinio* dos doutores, que havia sido imposta com critério de utilização nas Ordenações Manuelinas. Essa lei tinha um caráter modernizador do período iluminista, dirigido em Portugal pelo primeiro Ministro de D. José, o Marquês de Pombal, representando as correntes inovadoras contra as tradicionais do período anterior.

Duas dessas correntes inovadoras foram jurisprudenciais, a doutrina do direito natural e doutrina do *usus modernus pandectarum*, introduzidas em Portugal através do despotismo esclarecido do Marquês de Pombal em meados do século XVIII, acompanhadas pelo individualismo crítico, no início do XIX, a expressão jurídica do liberalismo político e econômico, predominantes na época. Esses dois períodos distinguidos acima formam os períodos da história do direito privado moderno em Portugal e no Brasil. Coincidindo as duas nações no primeiro período correspondente aos das doutrinas jusnaturalista e pandectista, de meados do XVIII e início do XIX:

Essas duas correntes encontravam-se, aliás, estreitamente ligadas entre si, podendo afirmar-se que a segunda não era mais do que um reflexo da aplicação da primeira ao campo dos estudos ramanísticos. Se a escola do direito natural preconizava a existência de um direito eterno e imutável, estruturado na razão humana, e igual por isso mesmo para, para todos os homens e para todas as épocas, a escola do *usus modernus pandectarum* preconizava um estudo do direito romano feito à luz desse direito natural de fundo racionalista (CRUZ, 1954, p.38).

Já o segundo período, o do individualismo que corresponde ao momento da Independência do Brasil, é caracterizado pela separação dos rumos das instituições jurídicas dos dois países, como vamos atestar adiante.

Também fazia parte do despotismo esclarecido de Pombal uma grande Reforma do ensino universitário, Os Novos Estatutos da Universidade, no campo do ensino jurídico significou a introdução do jusnaturalismo e do *usus modernus pandectarum*, que seriam responsáveis pela criação de uma mentalidade, entre os novos juristas, que correspondesse com o novo espírito legislativo português de interpretação e integração das lacunas da lei. Essa mudança de mentalidade ficou evidenciada na literatura jurídica da época e na nova jurisprudência dos tribunais, que passaram a utilizar as fontes romanas com desconfiança e a exaltar as tradições jurídicas nacionais.

A independência política de Portugal não significou mudanças estruturais para a sociedade brasileira. Instituições como a escravidão, faziam o contraste com as idéias liberais que gritavam pela independência. O liberalismo vindo da Europa se aclimatou nas terras tropicais aos interesses dos grandes latifundiários. Neste contexto de manutenção dos grandes pilares da estrutura colonial, resistira também as estruturas jurídicas, o sistema jurídico brasileiro permanecera mais próximo da velha tradição portuguesa, não refletindo com a mesma intensidade como refletira na ex-metrópole as idéias inovadoras das novas correntes jurídicas européias no decorrer do século XIX.

No Brasil, as ordenações portuguesas continuariam sendo a legislação vigente até meados do século, quando da aprovação oficial da Consolidação das Leis Civis, em 1858, organizadas por Teixeira



de Mendes, que passou a ser um referencial durante todo o governo imperial, e primeiras décadas do governo republicano, como a expressão do direito civil brasileiro, e teria grande influência sobre a elaboração do Código Civil de 1916. Mendes criticava o abuso das inovações advindas da Lei da Boa Razão, e apresentava razões para continuar considerando as soluções tradicionais. O reflexo desse conservadorismo e da influência das tradições do direito português pode-se perceber nas palavras conclusivas de Braga da Cruz: “o Código Civil Brasileiro constituiu, em pleno século XX, numa expressão muito mais fiel da tradição jurídica portuguesa do que o próprio Código Civil Português, promulgado quase 50 anos antes!” (CRUZ, 1954, p.69).

O teor do conservadorismo jurídico brasileiro e da manutenção da tradição jurídica portuguesa, é evidenciado nas palavras Fernando H. Mendes de Almeida, ao escrever a introdução de uma reedição das Ordenações Filipinas no Brasil, justifica: “o Código Civil Brasileiro, de que, até hoje, com razão nos orgulhamos, é fruto das Ordenações Filipinas” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1957, p.19).

Não estamos aqui contradizendo o que levamos em conta anteriormente, as idéias liberais aqui chegaram e foram divulgadas, mas desejamos evidenciar que em se tratando de direito civil, as tradições delinearão o caminho da codificação com mais propriedade, e mesmo as idéias liberais que influenciaram essa área, o fizeram em sua versão conservadora, através dos nomes aos quais foi delegada a responsabilidade de formaliza-las em de leis e normas codificadas.

#### O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: DA DISCUSSÃO DO PROJETO DE CLÓVIS BEVILAQUA À APROVAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

Na noite de 01 de janeiro de 1917 aconteceu no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro, uma sessão solene que comemorava a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro. Compareceram a essa sessão o então presidente da República, Wenceslau Braz, Ministros de Estado<sup>8</sup>, Ministros do Supremo Tribunal e outros representantes da magistratura federal e local, bem como professores de direito e advogados e outras autoridades constituídas<sup>9</sup>.

A promessa da elaboração de um Código Civil “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”, já estava contida na constituição de 1824, em seu artigo 189, parágrafo 18. Em discurso proferido no mesmo Instituto, em 07 de setembro de 1847, Carvalho Moreira, demonstrara já naquele momento, a necessidade de se fazer uma revisão das leis civis brasileiras, descritas por ele como “um quadro indigesto e tenebroso”.

Euzébio de Queiroz, em 1851, então Ministro da Justiça apresentara ao também Instituto da Ordem dos Advogados a sugestão de se adotar provisoriamente a Digesta Portuguesa, de Correa Telles. Porém, após longa discussão o Instituto conclui que a idéia não era conveniente. Talvez temendo o fato de que tal medida retardasse ainda mais a elaboração do nosso próprio código.

Em 1855, o Governo Imperial procurava colocar a promessa presente na Constituição de 1824 em execução contratando Teixeira de Freitas para a elaboração de um Código que consolidasse as leis civis. Com o auxílio de Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça, Teixeira de Freitas iniciou uma prévia revisão da espessa e numerosa legislação brasileira, a que ele próprio designou de “imenso caos de leis complicadas e extravagantes”.

No discurso proferido na sessão solene de janeiro de 1917, o Dr. Rodrigo Octavio, presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, relaciona esse momento, da entrada em vigor do Código Civil, às mudanças ocorridas com o advento do novo regime que significava o anunciar de uma nova era, caracterizada por instituições compatíveis a seus princípios:

De fato, o dia de hoje marca o início de uma nova era. Todo o complexo aparelho das relações civis de todo um povo começa a se movimentar sob a proteção de novos princípios; princípios, certamente, que não representam formas radicais, nem modificações profundas. A lei, se quiser ser cumprida e atender as necessidades sociais, não pode dar saltos, mas deve corresponder a um desdobramento natural das velhas normas o sentido das aspirações nacionais. Assim, os princípios a que nos submetemos de hoje em diante não são radicalmente diversos de ontem, mas se apresentam sistematicamente expostos e completados, expurgados das velhas sobrevivências de leis obsoletas e apurados no critério do espírito do nosso tempo (JORNAL DO COMÉRCIO, 02/01/1817, p.2).



Desde a indicação feita a Teixeira de Freitas, para elaboração do Projeto do Código Civil, até 1916 quando o Código foi publicado, percorreu mais de meio século de esforço para sua elaboração, e quase um século da promessa contida na constituição. Durante esse tempo, apareceram quatro projetos de código: de Teixeira de Freitas<sup>10</sup>, de Felício dos Santos, de Alencar Araripe e de Coelho Rodrigues.

A nomeação a 01 de junho de 1889 da derradeira comissão de juristas com tal propósito foi o último ato do Governo Imperial. Essa comissão composta por Olegário Herculano de Aquino e Castro, José da Silva Costa, Affonso Augusto Moreira Penna, Manoel Pinto de Souza Dantas, Antonio Coelho Rodrigues e Júlio de Albuquerque Barros, tinham a responsabilidade de elaborar o Projeto do Código Civil, que não havia sido concluído nas primeiras tentativas.

Porém, como já citamos, no contexto caótico em que se inaugurava a República, ainda não havia um consenso, ou uma compreensão no que se refere à autonomia dos Estados estabelecida pelo sistema federativo instaurado com o novo regime. Então, seis dias após a proclamação, a comissão convocada para elaborar o Projeto do Código, fora dissolvida, pelo Governo Provisório, com a seguinte alegação:

[...] a confecção das leis, que regulam as relações civis dos cidadãos dos diferentes Estados, não entra na legítima esfera de ação do Poder Legislativo federal; que, pois, seria restringir a autonomia dos Estados, em limites indevidamente preestabelecidos, decretar, ou sequer redigir leis civis obrigatórias para toda a União, devendo pelo contrário, ficar a Legislação de cada Estado, à sua soberana iniciativa e livre competência, o direito de regular, como a cada um deles mais convenha, as relações civis dos cidadãos que os compõem (JORNAL DO COMÉRCIO, 02/01/1917, p. 2).

A confusão inicial quanto à autonomia das esferas federal e estadual só iria se dissipar à medida que o novo regime caminhasse para institucionalização de seus princípios. Já no projeto de constituição, elaborado por uma comissão nomeada pelo Governo Provisório, se reconheceria o erro da orientação dada quanto a não aprovação de um Projeto de Código Civil nacional. Aos 21 de novembro de 1889, o Ministério da Justiça confirmou como atribuições do Congresso Nacional o dever de codificar as leis civis do país, em um prazo de cinco anos, concedendo aos Estados o direito de fazer alterações “em ordem a adapta-las convenientemente às suas condições particulares.”

Também no projeto do próprio Governo Provisório, no artigo 33, número 24, se percebe a intenção de anular tal orientação, quando se “atribuiu privativamente ao Congresso Nacional a codificação das leis civis, comerciais, criminais e processuais da República”, desta vez, omitindo do texto a cláusula que deixava os Estados livres para eventuais alterações ou adaptações.

A nacionalização do Direito, com a elaboração dos códigos, embora com um cunho acentuado da legislação portuguesa, vinha de encontro à urgência que se fazia ao novo regime de uma identidade nacional de suas instituições, construindo assim, através também da codificação o “fortalecimento dos laços da formação nacional”.

De fato essas codificações foram efetivadas, porém, as importantes obras do direito que se haviam concretizado eram quase que exclusivamente no âmbito do direito público:

No que se refere às relações políticas, aquilo que na linguagem de nossa escola constitui o direito público, nada menos de quatro obras verdadeiramente notáveis, e que passam por modelos no gênero, ali estão para atestar a capacidade brasileira nessa esfera de labores espirituais, dando organismo a vida e às aspirações progressivas da nação: a Constituição do Império de 1824, o Acto Adicional de 1834, a Lei de Interpretação de 2 de dezembro de 1841, a Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891.

Na órbita do direito penal e da respectiva aplicação prática, bastante é referir o famoso Código Criminal de 1830, o do Processo Criminal de 1832 e o Código Penal de 1890, para se ver que nos mantivemos em posição dianteira.

E naquela parte do direito moderno que mais vigorosamente tem evoluído... o direito mercantil, não ficou muda a nação e dotou-se com o Código Comercial de 1850.

Destarte, nas regiões do direito político, do direito penal, tanto no criminal quanto no comercial, a legislação pátria emparelha com as mais perfeitas dos modernos tempos.

Nas relações puramente civis, porém, nos domínios do mero direito privado, a coisa muda assas de figura: temos ficado até hoje sob o império de uma desordenada legislação três vezes secular, que não foi obra nossa e de lavra própria (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p. 16).



O texto acima se refere à justificativa feita pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, designada a dar o parecer ao Projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Bevilacqua, para os deputados percebessem a urgência que se fazia à aprovação de tal projeto, haja vista que, em termos de leis civis o país se encontrava excessivamente devassado.

Os dois principais motivos apontados no parecer da comissão para explicar tamanho atraso do direito civil em relação aos demais foram:

O demasiado aferro ao espírito e tradições do direito romano em que nos temos mantido, nas relações civis, ainda mais tenazmente do que nossos progenitores da mãe-pátria, e, por outro lado, na eiva de incontestável inferioridade em que, até bem pouco tempo, andou o ensino das sciencias jurídicas entre nós (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p. 16).

Foi a Clovis Bevilacqua, cearense de Viçosa, professor da faculdade de Direito do Recife, designada a redação do Código Civil Brasileiro, em 1899, pelo Ministro da Justiça Epitácio Pessoa. Bevilacqua era conhecido pela sua formação eclética, sintetizador de várias doutrinas, sofreu influencia de Tobias Barreto, um dos principais mentores da Escola de Recife e divulgador do pensamento de Haeckel, Noiré e principalmente Hebert Spencer e seu positivismo evolucionista. Não compartilhava, entretanto, das críticas que Barreto fazia a idéia de Direito Natural. Com Sílvio Romero, outro importante adepto do evolucionismo naturalista, passou a se interessar pela psicologia do povo brasileiro e por suas manifestações. Sob a influência da adoção da filosofia liberal inglesa, pautada no individualismo, evolucionismo, racionalismo, o projeto do Código Civil é elaborado.

Porém, essas características não se devem exclusivamente à influencia inglesa, visto que estão presentes no primeiro e maior modelo de código civil ocidental, o Código Napoleônico, de 1804, que pretendia ser a “Constituição do Indivíduo”, sendo portanto, o racionalismo e individualismo iluministas, e os ideais de 1789, paradigmas sobre os quais fundamentam a elaboração do códigos civis desde o francês, no início do século XIX, ao alemão, de 1886.

Outra grande influência em sua formação jurídica foi a exercida pela Escola das Pandectas<sup>11</sup>, levando Bevilacqua a considerar Jhering, um dos grandes representantes dessa escola e autor do livro Espírito do Direito Romano, como o “maior jurista do século XIX e do futuro”. Foi dessa fonte que Bevilacqua reteve o caráter romanístico que o levou a afirmar que “o direito é uma ciência romana, por excelência”. Aos pandectas deve também a idéia da “Parte Geral”, que engloba “Pessoas”, “Bens” e “Fatos”, antecedendo a “Parte Especial” que estuda os ramos do direito civil. É interessante destacar que, a divisão e a colocação dos livros da Parte Especial é subordinada à Parte Geral, o Direito de Família corresponde às Pessoas, o Direito das Coisas aos Bens, o Direito das Obrigações e o Direito de Sucessão aos Fatos Jurídicos.

Neste contexto, da formação jurista de Clovis Bevilacqua, Cláudio De Cicco conclui que:

[...] o Projeto tentou sintetizar os dados da realidade jurídica social brasileira, dando-lhe uma roupagem romanística, erigindo em conceitos do Direito Romano simples situações historicamente condicionadas. Assim, a importância da propriedade, da família para uma sociedade burguesa ainda patriarcalista, são elevadas à condição de mais nobre de ‘instituições de Direito’, de acordo com a técnica pandectística e com as definições do Direito Romano (DE CICCIO, 1993, p.131-2).

Clovis Bevilacqua havia elaborado o projeto triunfador, o Código Civil é promulgado em 1916, e entra em vigor a partir de janeiro do ano seguinte. Porém, até ser concluído, percorreu um longo caminho de discussões, aprovações e reprovações, ajustes e emendas, e é esse caminho que nos interessa nesse trabalho, para perceber as influências e as permanências nele contidas, especificamente as que foram responsáveis pela normatização da família brasileira, no que concerne especificamente ao “casamento” e ao “pater poder”.

Em outubro de 1899, Bevilacqua conclui o Projeto cuja elaboração iniciara em abril do mesmo ano. O governo então o submete a uma comissão revisora composta de respeitados juristas, no período de março a novembro de 1900, antes de enviá-lo à apreciação do Congresso Nacional.

Uma das mais severas críticas ao projeto apresentado foi decorrente da imprensa com que ele havia sido elaborado, e veio da parte do Senador Ruy Barbosa, publicada em artigos do jornal A



Imprensa, de sua própria direção, e citado por Beviláqua em seus comentários do código civil, afirmava que:

[...] forçosamente “haveria de produzir uma obra ‘tosca, indigesta, aleijada’ e que o para o autor, faltava um requisito primário, essencial, soberano para taes obras: a sciencia da sua lingua, a vernaculidade, a casta correção do escrever. E o teor de um código há de se irreprehencível. Qualquer falha na sua estrutura idiomática assume proporções de deformidade (BEVILAQUA, 1940, p. 25).

A essa seguiram outras críticas, porém a urgente necessidade da codificação das leis civis foi responsável pelo maior número de vozes favoráveis ao projeto, que foi aprovado pela comissão revisora, e enviado ao Executivo. De acordo com Bevilaqua, embora a divisão geral do projeto tenha sido mantida, e tenham sido respeitadas as sub-divisões e classificação dos institutos nos diversos títulos e capítulos, as emendas apresentadas pela comissão revisora fizeram com que este perdesse alguma coisa de sua feição original:

[...] em certos dispositivos, que, melhor, accentuavam a feição liberal do Projeto, desapareceram ou foram modificados.

Assim é que a Lei de Introdução perdeu o artigo 30, que reconhecia, expressamente, resultante do divorcio legalmente pronunciado, no estrangeiro, de accordo com a lei pessoal dos cônjuges, muito embora, o Projeto não aceitasse para o Brasil, a perversora e dissolvente instituição do divorcio.

Na para parte geral, art. 6º., se fazia a declaração de que a mulher, juridicamente igual ao homem, nas relações civis, não perdia a sua capacidade pelo matrimonio, que, se é a sua dignificação social, não pode ser a sua degradação jurídica (BEVILAQUA, 1940, p. 28).

Alem da comissão revisora foram ouvidos também os membros do Instituto da Ordem dos Advogados, bem como pareceres das Faculdades de Direito e dos Tribunais Superiores dos estados que se manifestaram e outros juristas. A imprensa em geral também demonstrou interesse, sendo publicadas as críticas e opiniões dos vários sobre o projeto em jornais como O Jornal do Comercio, A Imprensa e O Paiz.

Revisado, o projeto foi apresentado ao Presidente da República, pelo ministro da justiça Eptácio Pessoa, em 10 de novembro de 1900. Uma semana depois, o Presidente Campos Salles, o apresenta ao Congresso Nacional. É nomeada na Câmara dos Deputados, uma Comissão Especial do Código Civil<sup>12</sup>, composta de 21 deputados, um grupo de doutores na lei<sup>13</sup>, e o próprio autor do projeto. Os trabalhos desta comissão foram realizados em sessões abertas de 27 de julho de 1901 a 18 de janeiro de 1902. “como eram públicas as sessões, a assistência foi sempre numerosa. Nem podia ser indiferente à sociedade a reforma das leis relativas à personalidade civil, aos bens, e à família” (BEVILAQUA, 1940, p.39).

Terminados os trabalhos desta comissão, foi convocada para o dia 26 de fevereiro de 1902, uma Sessão Extraordinária na Câmara dos Deputados presidida pelo deputado Vaz de Mello, por solicitação da Comissão Especial do Código Civil, que foi nomeada em 26 de junho do ano anterior, de acordo com a resolução de 17 de novembro do início daquela legislatura, para dar o parecer sobre o Projeto de Código Civil, de autoria do Professor Clóvis Beviláqua, que havia sido oferecido à apreciação, discussão e aprovação do Congresso Nacional pelo Poder Executivo.

A resolução previa que a Comissão Especial deveria apresentar seu trabalho no prazo irrevogável de 60 dias, o que não foi possível, tendo, portanto, a dita comissão, pedido por três vezes a prorrogação deste prazo, concluindo seus trabalhos em 26 de janeiro de 1902, com a publicação do Projeto, podendo-se verificar as modificações feitas no projeto oferecido pelo Governo. O atraso na conclusão dos trabalhos da comissão foi justificado, segundo o seu presidente, o Deputado Seabra, com as seguintes palavras, em discurso proferido nessa sessão:

A comissão não pode terminar os seus trabalhos nos precisos termos da resolução de 17 de novembro, porque ella entendeu que, sendo o Código Civil uma obra nacional, deveria abrir sobre a matéria a mais larga, ampla, absoluta e liberal das discussões, e assim procedeu, convidando a quantos quizessem cooperar nessa obraingente: - membros da Câmara, do Senado, jurisconsultos desta capital e de fora della foram convidados.

Muitos delles accudiram a este appello e a despeito das convicções políticas as mais diversas, compareceram e cooperaram para a organização do Código Civil, que não tem cor política, que deve ser e é uma obra nacional (Apoiados) (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p.12).





A sessão extraordinária havia sido convocada para que a comissão, finalmente apresentasse seu parecer. Parecer este, favorável a aprovação por parte do Congresso Nacional ao Projeto de Código Civil, que segundo o presidente da comissão, satisfazia “às exigências do nosso meio jurídico”, e complementa:

A Comissão não tem a pretensão e vir apresentar à Câmara um projecto perfeito, a Comissão não tem a pretensão de afirmar que elle é a última palavra da sciencia do direito; mas a Comissão tem a pretensão de dizer que este projecto é o resultado de um estudo acurado, quotidiano, afanoso, patriótico e que na sua elaboração não teve ella intuito, nem obdeceu a outros sentimentos que não aos de seu senso jurídico e seu patriotismo (Apoiados) (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p. 12-3).

Porém, o Deputado Seabra justifica ainda com mais propriedade o ato de grande responsabilidade em pedir a convocação de uma sessão extraordinária, principalmente diante do estado financeiro do país, por entender que sendo o Código Civil uma aspiração nacional, não poderia mais ser adiada uma sessão de discussão e aprovação do mesmo. A Comissão ainda considerou que, “era preciso por termo a estes esforços que vêm da monarchia para dotar a Pátria de um Código Civil, abolindo assim as velhas e obsoletas Ordenações do Reino, que a própria mãe pátria já há muito abandonou” (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p.13).

O deputado e presidente da Comissão Especial do Código Civil, apela ao patriotismo dos nobres deputados, que constituíam aquela Câmara Republicana, para que considerassem que, sendo o código uma obra nacional, na qual poderiam colaborar *gregos e troyanos*, de quaisquer convicções políticas, que eles não fizessem daquela uma sessão infrutífera, esperando que se espelhassem na presteza e no patriotismo alemão ao se posicionarem com a urgência que a matéria exigia:

Oxalá que os commentadores do Código Civil Brasileiro possam, a respeito do Poder Legislativo Brasileiro, attestar e louvar o mesmo patriotismo, ordem e elevação de vistas, que os commentadores do Código Alemão attestam ter havido por parte do Parlamento Allemão, que em dez dias approvou o Código (ANAIS DA CÂMARA, 1902, p. 13).

O fato do projeto do código brasileiro ter sido encomendado ao jurista Clóvis Beviláqua já em 1899, e em tão pouco tempo ter saído um parecer favorável, justificava os argumentos do deputado Fausto Cardoso, de que a Alemanha teria tido um tempo maior para a elaboração do projeto e que por essa razão a aprovação pôde se efetuar em um tempo tão reduzido. Entretanto, esse argumento foi facilmente combatido por Seabra ao lembrar aos deputados que se a Alemanha havia levado dez anos para a elaboração do código, o Brasil já levava cinquenta, visto que data de 1855 a consolidação das leis civis, realizada por Teixeira Mendes, em preparação para o Código, não sendo aquela a única iniciativa a partir de então.

Apresentado o parecer da Comissão da Câmara dos Deputados, o projeto foi remetido ao Senado a 3 de abril de 1902, onde ficaria por mais de uma década para ser discutido e aprovado com as emendas propostas pelos senadores. A redação final das emendas do Senado foi publicada no Diário Oficial de 19 de Dezembro de 1912, sendo devolvido à Câmara dos Deputados para a apreciação das emendas. O Marechal Hermes da Fonseca, convoca para 2 de abril do ano seguinte uma Sessão Extraordinária do Congresso, na qual a Comissão da Câmara deveria apresentar o seu parecer sobre as emendas propostas pelo Senado. O Presidente da República justificava a necessidade dessa Sessão Extraordinária com as seguintes palavras:

O lento processo, por que o projeto do Código Civil tem passado, nas duas Casas legislativas está mostrando quão difícil seria conseguir a sua definitiva aprovação no correr de uma sessão ordinária, quando tantos assumptos de ordem política e administrativa mais intensamente solicitam a atenção e o estudo dos legisladores. E não seria justo, que, após o esforço feito pelo Senado, na última sessão legislativa, discutindo largamente, emendando o projecto, que, há mais de 10 annos, lhe enviou a Câmara dos Srs. Deputados, ficasse, ainda, incompleta uma obra, que vem occupando a attenção dos Governos e dos mais eminentes juristas patrios, há quase 60 annos (DIÁRIO DO CONGRESSO, 03/04 /1913).

Nesta instância o projeto já havia sido aprovado pelas duas Casas, o que desejava o governo era que fossem agilizadas as tramitações formais necessárias à sua regulamentação, e por



isso a urgência requisitada da Câmara para que se pronunciasse sobre as modificações feitas pelo Senado.

De acordo com os Anais da Câmara dos Deputados, das emendas aprovadas pelo Senado, 1.544 são de redação e somente 186 afetam a substância do projeto. As emendas de redação foram formuladas, em quase sua totalidade pelo Senador e também jurista, Ruy Barbosa. Como citamos anteriormente havia sido esse o aspecto que gerara uma severa crítica do Senador ao autor do projeto, rendendo a publicação de um parecer logo após o encaminhamento do mesmo ao Senado, em abril de 1902, no qual o Senador justificava as inúmeras modificações:

São as codificações monumentos destinados à longevidade secular; e só o influxo da arte comunica durabilidade à escrita humana, só elle marmoriza o papel e transforma a penna em escopro. Necessário é, portanto que nessas grandes formações jurídicas a crystalização legislativa apresente a simplicidade, a limpidez e a transparência das mais puras formas da linguagem, das expressões mais clássicas do pensamento. Dir-se-há que ponho demasiado longe, alto em demasia, a meta, que a sublimo a um ideal praticamente irrealizável. Mas eu não exijo que egulemos essa perfeição custosa e rara. Basta que, ao menos, della nos acerquemos, não a podendo alcançar: que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solesista (ANAIS DA CÂMARA, 3 de abril 1913, p. 1-2).

Concluídos os trâmites legais, voltando ainda o Projeto à Câmara por mais duas vezes, para a aprovação ou rejeição das emendas propostas, uma nova comissão de deputados se empenhou na elaboração da redação final, que foi apresentada à Câmara para a aprovação a 26 de dezembro de 1915. A aprovação ocorreu sem discussões, na presença de 120 deputados, sendo solenemente sancionado a 1<sup>o</sup> de janeiro de 1916 como a lei no. 3.071.

A genealogia do Direito Civil Brasileiro tem suas origens no Direito Romano, que por muito tempo serviu de fonte subsidiária ao Direito Português. Portanto, os caminhos do direito civil brasileiro foram influenciados pela legislação romana, canônica, portuguesa, germânica. Essas várias influências estão evidenciadas no projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua que trouxe em sua formação jurídica as influências das escolas que na Europa ditavam as tendências jurídicas seguidas pelos legisladores responsáveis pelas codificações do século XIX, principalmente na França e Alemanha.

Porém, as modernas idéias européias que norteavam a mentalidade jurídica brasileira, foram aclimatadas ao conservadorismo da recém-inaugurada República, que consolidou a tradição conservadora da política brasileira no primeiro Código Civil Brasileiro, de 1916, “a maior obra legislativa do parlamento da República” como declarou o então presidente Wenceslau Braz (BEVILAQUA, 1940, p.60).

## Notas

- 1 Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521), e as Filipinas (1603) que regeu a nação portuguesa até 30 de Agosto de 1865 quando foi promulgado o Código Civil de Portugal, elaborado pelo Visconde de Seabra, sendo as Ordenações Filipinas “a pedra angular do direito civil brasileiro”, até 1916.
- 2 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutor “*honoris causa*” pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- 3 *Commun Opinio*, ou a *opinião comum* dos doutores somente será estabelecida como critério para a utilização da Glosa de Acúrsio e das Opiniões de Bártolo nas Ordenações Manuelinas, na anterior, as Afonsinas, não havia essa restrição. Porém, a partir da Lei da Boa Razão (1769), a utilização dessas fontes complementares do direito subsidiário será totalmente eliminada.
- 4 Comunicação ao II “Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros”, realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV Centenário da cidade de São Paulo.
- 5 “Alguns baseiam suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros julgam, que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social.” (David, 1986, p.17)
- 6 Compilação das leis romanas até Diocleciano, composta por: Código, Digesto, Institutos publicados de 529 a 534 e complementados com a série de Novelas.
- 7 Dentre os pontos do Código Francês que teve influência pessoal de Napoleão, entre outros referentes especificamente aos assuntos militares, foi a introdução de dois institutos que talvez atendessem a seus próprios projetos políticos: a adoção



e o divórcio por mútuo consentimento.

- 8 Carlos Maximiliano, Ministro da Justiça; Lauro Miller, Ministro das Relações Exteriores; Representantes dos Ministros da Marinha da Guerra, da Agricultura e viação.
- 9 Souza Dantas, Sub-Secretário de Estado; Aurelino Leal, Chefe de Polícia e representante do Prefeito do Distrito Federal.
- 10 Teixeira de Freitas não concluiu o Esboço que alcançou, entretanto quase 5.000 artigos. Embora não tenha sido concluído, o projeto inspirou a elaboração do Código Civil Argentino, escrito por Vallez Sarofild, em 1865.
- 11 A grande influência da Escola das Pandectas é percebida em seus Comentários ao Código Civil que estão repletos de citações de autores pandectistas e de lições dos juristas romanos.
- 12 A Comissão Especial do Código Civil era composta por 21 Deputados: J.J. Seabra, presidente, deputado pela Bahia; Sá Peixoto, deputado pelo Amazonas; Arthur Lemos, deputado pelo Pará; Luiz Domingues, deputado pelo Maranhão; Anízio de Abreu, deputado pelo Piauí; Frederico Borges, deputado pelo Ceará; Tavares Lyra, deputado pelo Rio Grande do Norte; Camillo de Hollanda, deputado pela Paraíba; Teixeira de Sá, deputado por Pernambuco; Araújo Góes, deputado por Alagoas; Sylvio Romero, relator geral, deputado pelo Sergipe; José Monjardim, deputado pelo Espírito Santo; Sá Freire, deputado pela Capital Federal; Oliveira Figueiredo, deputado por Minas Geraes; Alfredo Pinto, deputado por Minas Geraes; Azevedo Marques, deputado por São Paulo; Alencar Guimarães, deputado pelo Paraná; F. Tolentino, secretário, deputado por Santa Catharina; Rivadavia Correia, deputado pelo Rio Grande do Sul; Hermenegildo de Moraes, deputado por Goyaz; Benedito de Souza, deputado por Matto Grosso. E juristas convidados a participar das discussões: Clóvis Bevilacqua (autor do Projeto), Andrade Figueira, Amaro Cavalcanti, Gabriel Ferreira, Alencar Araripe, Lima Drummond, Torres Neto, João de Sá, Fábio Leal, e outros.
- 13 Andrade Figueira, Coelho Rodrigues, M. Francisco Correia, Lima Drummond, Salvadoe Muniz, Gabriel Ferreira, Solidonio Leite, Sergio Loreto, Amaro Cavalcane, Didimo da Veiga, Bandeira de Mello, Fabio Leal, Villela dos Santos, Araripe, Torres, Netto.

## Referências

ANAIS da Câmara dos Deputados (1900-1915).

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, 1975

\_\_\_\_\_. Comunicação ao II “Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros”, realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV Centenário da cidade de São Paulo

CICCO, Cláudio. *Direito: Tradição e Modernidade – Poder e Autoridade na Família e no Estado. Das Origens Romanas ao Direito Brasileiro Moderno. Coleção Elementos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

CÓDIGO Civil Comentado – Clovis Bevilacqua (1940).

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986. 556p.

DIÁRIO do Congresso Nacional (1900-1915).

O CÓDIGO Civil de 1916 – Original da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal.

O CÓDIGO Civil, O Jornal do Comércio, 02 de janeiro de 1917.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

