

Um olhar sobre a formação do Direito Civil no Brasil

Edna Raquel Hogemann¹

Resumo

A história da construção do Direito Civil no Brasil reflete em muito o tipo de colonização recebida desde que o navegador português proferiu a frase que ficou na história como um marco para todo o sempre: “Terra à vista”. O objeto do presente ensaio é explicitar, ainda que superficialmente, os caminhos percorridos pela normativa civilista no Brasil, desde o descobrimento, passando pelo período imperial, até os dias atuais, demarcando esse processo institucionalizado sob a responsabilidade do Estado, partindo da análise das Ordenações, ao tardio advento do primeiro Código Civil como reprodução da sociedade latifundiária brasileira da época, de feição patrimonialista, até a conquista do Estado Democrático de Direito, com o advento do novo Código Civil, em 2002, que se aparta parcialmente da tradição patrimonialista do direito civil e já revela as tendências de repersonalização. Assim, fazendo uso do método histórico-dialético, busca-se demarcar até que ponto essas iniciativas fizeram parte de um processo efetivamente democrático e em que medida serviram meramente como um instrumento de controle e reprodução social, imposto pelo Direito vigente.

Palavras-chave: Formação; Direito Civil; influências; Brasil; história.

Abstract

The history of the construction of Civil Law in Brazil reflects in much the type of colonization received since the Portuguese navigator uttered the phrase that remained in history, as a milestone for all time: “Earth in sight”. The objective of this essay is to make explicit, albeit superficially, the paths covered by civilian norms in Brazil, from the discovery, passing through the imperial period to the present day, demarcating this institutionalized process under the responsibility of the State, starting from the analysis of Ordinances, to the late advent of the first Civil Code as a reproduction of the Brazilian latifundia of the time, of a patrimonialist nature, until the conquest of the Democratic State of Law, with the advent of the new Civil Code in 2002, which departs partially from patrimonial tradition of civil law and already reveals the tendencies of repersonalization. Thus, making use of the dialectical-historical method, it is sought to demarcate the extent to which these initiatives were part of an effectively democratic process and to what extent served merely as an instrument of social control and reproduction, imposed by the current Law.

Keywords: Formation; Civil Law; influences; Brazil; history.

¹ A autora possui doutorado em Direito pela UGF-Rio (2006) e pós-Doutorado em Direito pela UNESA- Rio (2015). É professora titular de História do Direito, na Universidade Estácio de Sá, professora adjunta de História do Direito e coordenadora do curso de Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Law & Society Association-EUA. E-mail: ershogemann@gmail.com

1 Antecedentes históricos

O modelo de administração e aplicação da justiça para as colônias portuguesas da Ásia, África e América iniciado nos primórdios do século XV era o mesmo, dentro do espírito do Antigo Sistema Colonial². Diferente das colônias espanholas que possuíam, cada uma, sistema judiciário próprio, Portugal inseriu suas colônias ultramarinas em seu sistema judiciário, estendendo a elas o ordenamento jurídico vigente na Metrópole. Assim, o Brasil se transformou em uma extensão do território português em termos jurisdicionais e, portanto, a estrutura jurídica portuguesa foi, em tese, implantada na então colônia, isto é, foi estabelecida uma relação jurídica luso-brasileira.

A ordem jurídica portuguesa era baseada nas denominadas Ordenações do Reino, antigas compilações das leis portuguesas reunidas em códigos e que em Portugal vigoraram até 1868.

Descoberto o Brasil e com o início de sua colonização, sendo o seu vasto território habitado por um povo de cultura bastante atrasada, as leis aqui aplicadas eram as metropolitanas, e, assim, tivemos as Ordenações do Reino, as leis de caráter geral para o Império e as leis especiais, ou seja, as que eram promulgadas especialmente para o Brasil.³

2. As Ordenações - uma legislação portuguesa, com certeza!

As Ordenações do Reino portuguesas foram as primeiras leis aplicadas no Brasil, principalmente em relação ao direito privado, sendo certo que além delas tem-se a legislação eclesiástica (canônica) e as leis extravagantes, estas que instituem e disciplinam instituto novo à margem das Ordenações. O direito público, principalmente na parte administrativa, sofria constantes modificações com as cartas de doação, regimentos, decretos, cartas régias, provisões, alvarás que formulavam normas especiais para o Brasil.

As primeiras Ordenações, apesar de ordenadas por D. João I, só foram concluídas em 1446, no reinado de D. Afonso V, recebendo assim a denominação de Ordenações Afonsinas. Em 1514, ordenou-se a publicação

² O Antigo sistema colonial aplicado por Portugal estava fundado nas chamadas colônias de exploração. As colônias produziam produtos que não competiam com a produção da metrópole e que possuíam o monopólio da comercialização, bem como também cabia à metrópole o monopólio da extração de todos os metais preciosos e riquezas que fossem encontrados na colônia.

³ BANDECCHI, B.. Elementos de história do direito brasileiro. São Paulo: Pannartz, 1984.

de nova coleção das leis do reino (que tiveram edição definitiva em 1521) com as alterações introduzidas pelo tempo⁴. Por terem sido impressas (a esse tempo, Gutemberg já inventara os tipos móveis da imprensa) por ordem de D. Manuel, receberam o nome de Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Filipinas surgem em 1603, no período em que Portugal está sob o governo da coroa espanhola, mas tiveram vida posterior à restauração em Portugal e no Brasil, mesmo após a Independência.

A elaboração das Ordenações Filipinas faz parte de um conjunto de reformas introduzidas nas estruturas judiciais e administrativas portuguesas entre 1581 e 1590 requeridas no início da União Ibérica pelo soberano Filipe I, político hábil, que desejou com isso demonstrar a deferência que tinha pelas leis tradicionais de Portugal, fazendo a reforma das ordenações dentro de um espírito tradicional. As Ordenações foram concluídas, ainda no reinado de Filipe I, que as sancionou em 1595, mas só entraram em vigor em 1603, no reinado de seu sucessor, Filipe II.

De todo modo, as Ordenações Filipinas estão inseridas no contexto de histórico de uma cultura jurídica que foi abalada com o advento do pensamento humanista no direito romano-germânico. No entanto, e por diverso, elas não são inovadoras. As Ordenações Filipinas, segundo Schwartz, constituíram-se como uma revisão (que constou de acréscimos, cancelamentos e retificações quando necessários) das Ordenações Manuelinas (1521) e da Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão (1569).

No aspecto do Direito Civil, as Ordenações Filipinas, com muitas modificações, vigoraram até o Código Civil de 1917, embora já tivéssemos as constituições de 1824 e 1891. O artigo 83 da Constituição Brasileira da República de 1891 dispunha que “continuam em vigor enquanto não revogadas as leis do antigo regime, no que explicita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”.

As Filipinas foram editadas seguindo o modelo das Manuelinas cuja estrutura se baseava nos Decretais de Gregório IX, dividindo-se em cinco livros, que possuíam títulos e parágrafos, a saber:

⁴ Dentre essas alterações, podem ser citadas: a supressão dos preceitos aplicáveis a Judeus, já que os mesmos foram expulsos do reino em 1496, e das normas relativas à Fazenda, que passaram a compor as Ordenações da Fazenda, além da inclusão da disciplina vinculativa da lei através dos assentos da Casa de Suplicação. As diversas funções do Estado português (como, por exemplo, segurança, ordem, gestão dos interesses financeiros, prestação de justiça), assim como suas futuras colônias (entendidas como extensões jurídico-institucionais da Metrópole), encontraram-se submetidas a uma mesma lógica administrativa – na realidade, o “espaços” administrativos coloniais passaram por adaptações que tornaram possível o projeto colonial português.

I – Direito Administrativo e Organização Judiciária; II – Direito dos eclesiásticos (canônico), do Rei, dos Fidalgos e dos estrangeiros; III – Processo Civil; IV – Direito Civil e Comercial; V – Direito Penal e Processo Penal.

Aqui cumpre apontar o que Gislene Neder e Gisálio Cerqueira Filho revelam com particular propriedade:

Sublinhe-se, ainda, que as Ordenações do Reino de Portugal – sucessivamente, as Ordenações Afonsinas (1446-47), as Ordenações Manuelinas (1512-1514) e, por fim, as Filipinas (1603) – constituem um mesmo *corpus juris*. Portanto, as Ordenações Filipinas, de início do século XVII, que têm no código do século XV sua formulação básica (Silva, 1985), vigoraram no Brasil por muito mais tempo que em Portugal⁵

Até 1822, como já demarcado no presente ensaio, a história jurídica do Brasil era a história jurídica de Portugal, pois ambos estavam numa relação entre colônia e metrópole, vigorando as Ordenações do Reino em matéria civil. Mas após a independência do Brasil, esses países passaram a trilhar caminhos normativos distintos e é exatamente a partir daí que tem início a preocupação brasileira em formular um Código Civil próprio.

Neder e Cerqueira Filho observam que a busca por reformas que seguiu a entrada à modernidade, seja em Portugal ou na ex-colônia, conviveu com a interlocução entre as principais correntes de pensamento jusfilosófico europeu. “A introdução do paradigma legalista, que toma o primado da lei como eixo da articulação do campo político e ideológico, anunciava, na virada do século XVIII para o XIX, a necessidade de adotar códigos criminal e civil modernos”⁶, para além da simples admissão de princípios constitucionalistas limitadores dos poderes dos monarcas absolutistas, em verdade refletia um processo de secularização do direito que se encontrava já em curso. Inicialmente, a Lei de 20 de outubro de 1823 aferia legalidade às Ordenações Filipinas até que fossem elaborados os próprios códigos brasileiros. Vindo posteriormente a Constituição de 25 de março de 1824 a estabelecer, em seu art. 179, inciso XVIII, que fosse produzido um Código Civil, fundamentado na justiça e equidade.

Em 1830 e 1850, respectivamente, foram promulgados os Códigos Criminal e Comercial. No entanto, para a legislação civil, o Imperador adotou outro critério, caracterizado por duas fases distintas: primeiro, seria realizado

⁵ NEDER, Gislene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Os filhos da lei*, in Rev. bras. Ci. Soc., vol.16, nº.45, São Paulo Feb. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100006. Acesso em 31 jan 2017.

⁶ Idem, p. 02.

o levantamento e a consolidação do conjunto da legislação civil em vigor (“formar um novo corpo, mas de direito já vigente”); a seguir, com o auxílio do que já fora feito, seria elaborado o texto do novo Código Civil (“formar um corpo novo de direito novo”).

3. O legado de Augusto Teixeira de Freitas

No processo da colonização brasileira, tem-se que levar em conta a conjugação de uma série de fatores fundamentais, tais como os aspectos econômicos e políticos, abundância de terras férteis e a aplicação de uma estrutura de características agrária, latifundiária, monocultural de exportação, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índios, negros e brancos. O modelo de família herdado dos portugueses era patriarcal e, no direito, a supremacia da ordem privada no sistema de organização social, de base rural.

Os valores dominantes em uma cultura são, também, os determinantes das normas de seu ordenamento jurídico. Esse raciocínio, pautado na teoria tridimensional do direito como uma relação de fato-valor-norma⁷, revela a importância dos valores na confecção das normas, sendo estas influenciadas por fatores de ordem política, econômica, psicológica, histórica e cultural, de modo que, falar de direito civil brasileiro é falar em cultura brasileira. E a avaliação da extensão da obra de Freitas é compreender essa cultura, na qual o direito tem particular importância.

Proclamada a Independência brasileira, foi promulgada a Lei de 20 de outubro de 1823, que estabeleceu a permanência em vigor no Império do Brasil das Ordenações Filipinas, das Leis e Decretos de Portugal que tivessem sido promulgados até 25 de abril de 1821, enquanto não fosse publicado um novo Código.

A Constituição de 1824 expressou em seu artigo 179: “a necessidade de se organizar, o quanto antes, um Código Civil e um Criminal, este fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade”. Em 1830 e 1850 foram promulgados os Códigos Criminal e Comercial, respectivamente.

Entretanto, no que diz respeito à legislação civil, foi adotado critério diverso, o de aperfeiçoá-la em duas fases distintas: primeiro, seriam feitos o levantamento e a consolidação de toda a legislação vigente até ali (“formar um novo corpo, mas de direito já vigente”); a seguir, com o auxílio do que fora feito, seria elaborado o texto do novo Código Civil (“formar um corpo novo de direito novo”). Assim, está-se diante de uma

⁷ Com base na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.

situação histórica em que convivem simultaneamente tanto a ruptura (emancipação política, elaboração de novo código criminal, mudança de regime político de monarquia para república etc.) quanto a continuidade (permanência das Ordenações para o direito civil, além de sua vigência em Portugal).

Eis que apesar de estar em voga por toda Europa o pensamento iluminista sua influência não foi forte o suficiente para afetar de forma significativa os arranjos sociais e políticos sustentadores para as práticas jurídicas seja em Portugal ou em Terras Brasilis.

A visão de mundo tomista, espriada na Península pela prática política e ideológica da Igreja Romana, sustentava uma concepção de sociedade rigidamente hierarquizada, produzindo efeitos de permanência cultural de longa duração, com fortes desdobramentos para os afetos e as emoções presentes nas formações históricas portuguesa e brasileira (Cerqueira Filho e Neder, 1997), que resistem, ainda hoje, ao corolário das tantas mudanças promovidas pelas concepções iluministas e liberais sobre os direitos.⁸

Em fevereiro de 1855, o Governo Imperial celebra um contrato com prazo estipulado de cinco anos com o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas para “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas”; a classificação guardará as divisões de Direito Público ou Administrativo e Privado, assim como as subdivisões respectivas, - será feita por ordem cronológica; depois, “consolidará toda a legislação civil pátria, com as mesmas condições da classificação”. “Consiste a consolidação em mostrar o último estado da legislação”.⁹

A Consolidação foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). Teixeira de Freitas inicia seu trabalho situando os limites do Direito Civil, que toma na sua significação mais rigorosa, excluindo as disposições processuais, de organização judiciária e o Direito Comercial, cuja autonomia não admitia (p. XXXIX). Observou, com a nitidez que a doutrina da época não percebera, que a distinção entre o Direito Civil e o Direito Penal está na natureza da sanção (p. LXII).

O autor revela por que não fez referência à situação dos escravos:

⁸ Ibidem, p.05.

⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. XIII-XXIV

“Cumpre advertir que não há um só lugar de nosso texto onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma de nossas leis civis; não as maculemos com disposições vergonhosas” (p. XXXVII).

Freitas classifica os direitos a partir da ideia central de Leibnitz¹⁰, considerando que “Não são as pessoas e as coisas que se devem distinguir, mas suas obrigações e seus direitos” (p. XLIX), e por isso conclui que “na distinção dos direitos reais e dos direitos pessoais repousa todo o sistema do Direito Civil” (p. LXII). E logo adiante revela: “Observai atentamente as variadas manifestações desses direitos, estudaí a natureza do homem e as suas necessidades; e não achareis outros caracteres mais importantes, d’onde possa resultar uma divisão ampla, dominante de todas as partes, senão os que distinguem os direitos absolutos e os direitos relativos” (LXIII). E completa (p. LXVI): “Os chamados direitos absolutos – liberdade, segurança e propriedade – entram na compreensão da legislação criminal, que os protege e assegura com a penalidade. Desses direitos, o de propriedade unicamente entra na legislação civil. É no direito de propriedade que havemos de achar os direitos reais”.

Essa limitação de matéria civil hoje certamente não teria razão de ser, pois os direitos da personalidade integram também o Direito Privado, mas o autor expressava a concepção que correspondia ao desenvolvimento da ciência e a cultura naquela época histórica, reservando-os preferentemente para o âmbito das leis administrativas. Mesmo assim, na sua genialidade, não deixou de registrar: quando resultar dano à segurança e à liberdade, “cuja reparação é necessária, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse dano. Resulta, pois, que os direitos de personalidade entram na legislação civil, tanto quanto se faz preciso que entrem, segundo os princípios”¹¹. Os princípios, hoje, estão mais alargados, mas a regra é a mesma.

Depois de haver realizado com pleno êxito a tarefa de promover a Consolidação das Leis Civis do Império, em 1859, Augusto Teixeira de Freitas¹², o genial jurista, é contratado pelo governo imperial para elaborar o primeiro anteprojeto, contrato esse rescindido em 1872. Sendo certo que seu Esboço foi a base para diversos outros Códigos como o da Argentina, da Itália e até do Japão.

¹⁰ Gottfried Wilhelm von Leibnitz, filósofo, matemático e jurista alemão.

¹¹ AGUIAR JÚNIOR. Op. Cit. P. XXV.

¹² Augusto Teixeira de Freitas é, no campo do Direito, personagem ímpar. A sua atuação, como jurista, fez-se sentir em vários países americanos e, até mesmo, em países europeus. O gênio jurídico de Freitas é reconhecido por todos. Na América do Sul, Freitas é considerado mestre insuperável.

O Esboço de Freitas foi dividido em duas partes (geral e especial); na parte geral foram normatizados os elementos das relações jurídicas, a saber: o sujeito, o objeto e o fato jurídico, e, na parte especial (subdividida pelo autor em três livros), encontra-se a disciplina sobre os direitos pessoais e os direitos reais. Não poderiam ser esquecidas, ainda, a influência do privatismo doméstico e as condições sociais, ou melhor, a estrutura social brasileira, ao tempo da elaboração do Código.

Teixeira de Freitas almejava em seu projeto de Código Civil a incorporação do direito comercial no direito civil. No Ministério da Justiça, porém, estava José de Alencar, que não aceitava o Esboço e, menos ainda, a nova proposta: “Em minha humilde opinião, não só o engenhoso e vasto plano ultimamente delineado pelo bacharel Augusto Teixeira de Freitas, mas também o esboço anterior, são, como elementos legislativos, frutos muito prematuros, embora como trabalhos científicos revelem as altas faculdades do autor, e sua opulenta literatura jurídica”¹³. O Ministério deixou o assunto de lado até que, em 1872, expediu-se ofício pelo qual era considerado rescindido o contrato com Teixeira de Freitas¹⁴.

O atraso na modificação do código civil no Brasil deve-se às dificuldades encontradas pelos reformadores do campo jurídico em articular as restrições que a visão moderna de direitos da pessoa (evada de individualismo) impôs ao pátrio poder, que no Brasil se manteve fundado numa concepção ainda medieval sobre autoridade na família.¹⁵

¹³ Hauagge, Vinicius Elias. Influências de Teixeira de Freitas na Codificação Civil brasileira. Revista Bonijuris, n° 519, 02/2007.

¹⁴ O texto de Teixeira de Freitas demonstra influência de Savigny e de seu livro *Traité du Droit Romain*. Para ele, o direito romano resume o direito no ocidente cristão e Von Savigny foi provavelmente o pensador mais românico e ocidental do direito. (...) Em função disso não há diferença, na visão de Teixeira de Freitas, entre nacionais e estrangeiros como no direito romano (para a concessão do divórcio), a despeito dessa opinião ser contrária às deliberações do Congresso de Viena. Estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros seria abrir a porta para o divórcio e a concepção laica e burguesa do casamento, onde portanto da visão da Igreja Católica Romana. Por causa dessa posição e não somente por causa das mudanças introduzidas no texto de Teixeira de Freitas pelo jurista português Luis Antonio Seabra é que Freitas acabou por abandonar a redação do código civil brasileiro, escrevendo o libelo “Pedro quer ser Augusto”, contra o imperador (**CERQUEIRA FILHO**, Gisálio. *Código Civil e Cotidiano no Brasil*. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro 2003).

¹⁵ NEDER Gislene e CERQUEIRA FILHO Gisálio. *Os filhos da lei*, in Rev. bras. Ci. Soc. vol.16 n° 45, São Paulo, Feb. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100006. Acesso em 31 jan. 2017. P. 08.

Segue-se a contratação de Nabuco de Araújo, que veio a falecer em 1878, prosseguindo os trabalhos de redação com Felício dos Santos. Com a Proclamação da República, a tarefa de redação do código foi conferida ao senador Coelho Rodrigues, cujo projeto não foi aceito. Por fim, em 1899, durante a presidência de Campos Sales e sendo Ministro da Justiça Epitáfio Pessoa, foi contratado Clóvis Beviláqua, redator do texto que viria a se transformar no Código Civil Brasileiro. O projeto, depois de concluído, foi enviado, com uma exposição de motivos, para o Presidente da República. Este remeteu o projeto ao Congresso Nacional, em 1900, recebido primeiramente pela Câmara dos Deputados que, com ínfimas alterações, o aprovou. E assim, o projeto continuou tramitando, agora no Senado, onde foi aprovado em sua totalidade. Por fim, o projeto voltou ao Presidente da República, o Sr. Wenceslau Braz, que o sancionou. Tal projeto foi promulgado em 1º de Janeiro de 1916 e entrou em vigor exatamente um ano após.

4. O Código Civil de 1916: reflexo de um liberalismo tupiniquim.

O Código Civil de 1916 reproduzia as concepções predominantes ao final do século XIX e início do século XX. Hoje, ante o novo diploma civil, a maior parte desses entendimentos encontra-se ultrapassada, uma vez que estavam baseados no individualismo então reinante, especialmente no que respeita ao direito de propriedade, à família e à liberdade de contratar.

O que poderia refletir o Código Civil de 1916 senão a sociedade de uma época, cuja cultura era predominantemente agrária e de espírito individualista? Pode-se dizer que o Código Civil de 1916 é produto de uma simbiose, cuja autoria é atribuída à classe média, que tentou fixar um modelo “liberal e progressista”, mas que encontrou como obstáculo o conservadorismo dos fazendeiros¹⁶, resultando no que se pode convencionar um “liberalismo conservador” ou tupiniquim.

Discussões e debates sobre aquele novo código civil (em que o instituto do casamento passava a ser fruto de uma relação contratual, a exemplo do código napoleônico, de 1804) constituíam questões-chave na pauta das discussões de uma sociedade brasileira em que os setores mais progressistas estavam ávidos por mudanças sociais, desejosos de modernização, a formação de um Estado republicano que espelhasse a diversidade de sentidos da identidade nacional

¹⁶ DALL'ALBA, Felipe Camilo. *Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato*. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm. Acesso em 01 fev. 2007.

num período de intensa transformação econômico-social e turbulência cultural, na medida em que imensos setores, representados pelo latifúndio e a elite rural, resistiam ao clamor pelas mudanças.

Esse embate explica o atraso na entrada em vigor do código civil no Brasil. As dificuldades encontradas pelos reformadores do campo jurídico em articular o ponto de vista dos direitos civis da pessoa, no sentido do individualismo moderno (em que o pensamento político de John Locke e a influência do código francês napoleônico de 1804 são considerados como símbolos) com a questão do pátrio poder. No Brasil, o pátrio poder seguia vigorando nos moldes de uma concepção pré-moderna, fundada numa visão conservadora e clerical, que contemplava a idealização da figura paterna no interior da família¹⁷. Assim, tanto o afeto quanto o amor não eram elementos preponderantes para a caracterização de uma família; esta era vista como unidade jurídica econômica e religiosa, fundada na autoridade de um chefe. Além do que, o indivíduo era tutelado como proprietário e, ademais, era extremamente facilitada a transferência e o acúmulo de riquezas, prevalecendo nas relações contratuais a máxima do *pacta sunt servanda*, sem exceções.

Já em 1928, o célebre civilista Pontes de Miranda¹⁸ observara que o Código Civil condensava “um direito mais preocupante com o círculo social da família do que com círculos sociais da nação; quando cogita de classes é com certo capitalismo disfarçado, porém ingenuamente convencido de consolidação e de justiça social”.

Corroborando esta afirmação, relaciona Miranda diversos artigos do Código, reveladores da “preponderância da família, ainda despoticamente patriarcal”.

Assim, também Orlando Gomes¹⁹ aduz que o código “sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial”.

Em breve síntese, dir-se-ia que o Código, em várias disposições, expressava mais ideias que a própria realidade, refletindo a estrutura social do país, no momento em que o Código Civil se estruturou. Isso é patente nas palavras de Orlando Gomes:

¹⁷ CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Código Civil e Cotidiano no Brasil*. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro, 2003, p.5.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

¹⁹ GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. In Revista AJURIS, v. 9.

Nos primeiros trinta anos da República - 1889 a 1919 -, a contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo no país - que a 'grosso modo', pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior - o dos fazendeiros - utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que, por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento individual, a ele se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades.²⁰

Nesse quadro, os juristas e legisladores, muito embora buscassem estampar um cunho liberal e progressista aos diplomas legais e à aplicação do direito, não raro encontravam limites e barreiras decorrentes do próprio contexto da estrutura social e, mais particularmente, dos que tinham o seu domínio ou predomínio econômico, político e ideológico.

A despeito dessas limitações e (ou) contradições, não se pode negar que foi o Código Civil Brasileiro, ao seu tempo, a mais independente das codificações americanas, apesar das influências externas recebidas.

Assim, e além das fontes nacionais, como a do Esboço de Teixeira de Freitas, por exemplo, valeu-se também das "ideias francesas" (código de Napoleão), no código civil português (1867) e, mais expressivamente, no BGB (abreviatura de Bürgerliches Gesetzbuch - o código civil alemão), do qual aproveitou a classificação das matérias e, em juristas alemães, com os quais era familiarizado Clóvis Beviláqua.

O Código era conservador tanto nas "relações de ordem patrimonial, contratual e familiar, fiel ao contexto histórico e à história dos valores dominantes". Some-se o fato de o Código Civil, apesar de ter feito uso dessa "experiência de outros povos", deixou-se amarrar pela "filosofia e os sentimentos da classe senhoril", que influenciou a "propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho)"²¹, sendo certo que a família, a propriedade e o contrato são os pilares que animam esse sistema jurídico. No dizer de Fachin, são três as vigas mestras do Código Beviláqua:

...os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas²².

²⁰ Idem.

²¹ DALL'ALBA, Felipe Camilo. *Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato*. Disponível em: www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm, Acesso em 23 jun. 2007.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 12-13.

Para o Código de Beviláqua ser sujeito de direito, significava ser detentor de patrimônio, ou seja, precisa ter posses suficientes para adquiri-lo, sendo igualmente sujeito possível numa relação contratual, de mesmo modo sujeito detentor de família, razão pela qual recebeu o Código a denominação de o 'Estatuto Privado do Patrimônio', justamente por se colocar como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, ideia reproduzida, ainda que parcialmente, no atual Código Civil em vigor²³.

5. Um novo milênio, um Novo Código Civil

O novo Código Civil tramitou durante décadas no Congresso Nacional. Em 1975, o então Presidente Costa e Silva levou à análise da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, da qual Miguel Reale era Coordenador Geral.

Reale estabeleceu a estrutura básica do Projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, convidando, para cada uma delas, o jurista que me pareceu mais adequado, tendo todos em comum as mesmas ideias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas. Somente em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002, publicada no DOU de 11.01.2002). Esse novo Código representa, por assim dizer, a consolidação das mudanças sociais e legislativas surgidas nas últimas nove décadas, incorporando outros novos avanços na técnica jurídica.

Segundo palavras de Reale, elaborador do novo Código, foram essas as suas diretrizes principais:

- a) Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.
- b) Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código Beviláqua, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito.
- c) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade.
- d) Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juriconsultos, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho

²³ Idem. p. 298.

de Azevedo, com o anteprojeto do “Código das Obrigações”; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

e) Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil.

f) Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações.

g) Não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País – em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou “Atividades Negociais”, e, posteriormente, “Direito de Empresa.”²⁴

São os três princípios fundamentais que animam a criação do novo Código Civil: a) Eticidade – o novo Código expressa uma preocupação em superar o apego do antigo Código ao rigor formal, característico do formalismo jurídico dos séculos 19 e 20, do Direito tradicional lusitano e da Escola germânica dos pandectistas, influenciada pelo tecnicismo institucional decorrente do Direito Romano.

O novo Diploma busca aliar aos valores técnicos a participação necessária dos valores éticos. Por isso percebe-se, muitas vezes, a opção por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual.

b) Socialidade – Está presente no Código de 2002 a socialidade em detrimento do caráter individualista do antigo Diploma civilista, feito para um país que era à época eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, ao contrário, mais de 80% da população está no setor urbano e a mentalidade reinante é outra, produto de uma sociedade globalizada e influenciada pelos meios de comunicação de massas. Daí o predomínio do social sobre o individual.

²⁴ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>, Acesso em 23 jun. 2007.

c) Operabilidade – Distintas soluções normativas foram encontradas visando permitir um entendimento maior e mais simples, tanto para a interpretação quanto para a aplicação pelo intérprete do Direito. As distinções precisas entre prescrição e decadência, e quando podem ser aplicadas, é um exemplo patente disso; foi estabelecida a distinção clara entre associação e sociedade, sendo a primeira indicada para nomear as entidades de fins não econômicos e a última para indicar as de propósitos econômicos.

O Código Civil de 2002 assimilou parte do conjunto jurisprudencial em matéria civil, que evoluiu durante décadas, conferindo nova envergadura ao Direito Civil. Tem como referencial norteador o elemento constitucional da dignidade da pessoa humana, seja porque possui uma perspectiva social, seja porque promove o interesse coletivo.

Entre as modificações, é de se destacar a preocupação com os Direitos da Personalidade (valores inerentes à pessoa), principalmente no que diz respeito à intimidade e à imagem, sublinhando os princípios constitucionais de 88 (arts. 14 e 21 no Código Civil de 2002). Destaca, ainda, a igualdade entre homem e mulher, estabelecendo a divisão da sociedade conjugal igualmente entre os cônjuges; estabelecendo o fim do “pátrio poder”, substituído pelo “poder familiar”; o fim da hierarquia entre os filhos; o casamento gratuito, para quem se declarar sem recursos e a garantia a todos ao direito de ter pai conhecido. Aqui há de se apontar uma mudança radical promovida no texto original do Código Civil de 2002, decorrência da promulgação da Lei nº 13.146/2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou expressamente a redação do artigo 3º e, por via de consequência, afetou o artigo 4º.²⁵

A previsão da redução da maioria civil de 21 para 18 anos levou a discussões sobre o estabelecimento do término da pensão alimentar. Outro ponto é a confirmação da inexistência de prazo mínimo para estabelecer a união estável, configurada como convivência pública entre homem e mulher, que tem levantado muita polêmica por conta dos

²⁵ Abaixo a nova redação dos artigos do Código:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II. os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III. aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV. os pródigos.

ºParágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

efeitos financeiros que uma separação pode gerar, já que não se exige coabitação, nem contribuição no patrimônio comum, como no código anterior.

No Direito de Família, o art. 1.790, incisos I a IV, coloca os companheiros em união estável em desvantagem aos cônjuges no casamento, no caso de sucessão.

Além das mudanças no Direito de Família, enfatiza-se a importância das mudanças em relação à propriedade, que sofre restrições, no caso de imóvel de interesse público, sob perigo de ruína ou sujeito à política de arrendamento. Já o art.1.228, parágrafo IV, prevê que o proprietário pode ser privado de seu imóvel, se este consistir em extensa área, com posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas tiverem realizado obras e serviços de interesse social.

O Código Civil de 2002 também cria novas regras para o condomínio (Lei 4.591/64), fixando limites ao direito de propriedade, em função do cunho social imposto pela Constituição Federal ao estabelecer que o proprietário deve subordinar-se aos interesses do bem comum. A boa convivência social ganhou destaque e o condômino é obrigado a obedecer a convenção e regulamento, sendo que o novo Código estabelece a possibilidade da imposição de multas, podendo punir rigorosamente o infrator reincidente.

Por fim, ressalta-se como positiva no Código Civil de 2002 a preocupação com o equilíbrio nas relações jurídicas, através de dois novos institutos, do Estado de Perigo (art. 156) e Lesão (art. 157). O primeiro trata da conclusão de negócio jurídico decorrente de uma grande necessidade que leva à realização de contrato dispendioso, caso do doente que concorda com honorários médicos excessivos. Na lesão, a pessoa participa de negócio desvantajoso levado por forte necessidade econômica, ficando evidente a desproporção entre prestação e contraprestação.

Conclusão

Por evidente o longo ciclo de debates ocorridos desde a apresentação do anteprojeto do atual Código Civil até a sua promulgação e entrada em vigor, após um *vacatio legis* de um ano constituiu-se num *locus* relevante no qual as cabeças pensantes dos mais distintos rincões do país apresentaram propostas em consonância com mudanças sociais necessárias, algumas de cariz bem radical, outras nem tão radicais assim, mas associadas ao processo de modernização e de globalização que se encontra em curso, à

formação de um Estado que retoma os trilhos da democracia, após viver um longo período de exceção e de transformações econômico-sociais e turbulências culturais.

Houve concretamente a mudança do Estado e da sociedade ao longo dos tempos, antes tipicamente liberal para uma feição democrático-social, mas os códigos continuaram estruturados no Estado Liberal. Segundo Francisco Amaral²⁶, os códigos estão ultrapassados nas mesmas funções qualitativas filosóficas e técnicas, possibilitando uma tendência que se revela cada mais presente em nosso ordenamento, qual seja a da constitucionalização do direito civil a fim de sua adequação aos cânones do Estado Democrático de Direito.

Na tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização deixam claro o desafio aos civilistas para verem as pessoas em toda a sua dimensão; a primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição fundamental de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Assim, no que concerne à natureza das normas e dos princípios constitucionais relacionados ao direito civil, revelam-se preponderantes os três institutos principais do direito civil: a família, a propriedade e o contrato social, devendo-se considerar a importância atribuída ao conteúdo dos mesmos, pelos fundamentos constitucionais.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. *In*: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. XIII-XXIV
- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro. *In*: **Revista de Direito Civil-63**, omissis.
- BANDECCHI, B. **Elementos de história do direito brasileiro**. São Paulo: Pannartz, 1984.
- COUTO E SILVA, Clóvis. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. *In*: **Revista Ajuris**, v. 40, 1987.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Código Civil e Cotidiano no Brasil. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro 2003.
- DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato**. Disponível em: www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm, Acesso em: 23 jun. 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. *In*: **Revista AJURIS**, v. 9.

²⁶ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro, in **Revista de Direito Civil-63**, omissis, p. 45-66, p. 52.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 141 – Jan/Mar 1999.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira – de 1916 a 1988**. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/publicacoes/critica/17/R.pdf>. Acesso em 02 fev. 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NEDER Gislene e CERQUEIRA FILHO Gisálio. Os filhos da lei. *In: Rev. bras. Ci. Soc.* vol.16, nº 45, São Paulo, Feb. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&cpid=S0102-69092001000100006. Acesso em 31 jan. 2017.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Disponível em: Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 23 jan. 2017.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**, SP: Perspectiva, 1979.